
TEORIA DA LEI PENAL

Professora Ana Bárbara de Sousa Brito

Ano letivo 2021/2022

Rita Pereira Martins

I. CONCEITOS FUNDAMENTAIS DE DIREITO PENAL

DIREITO PENAL – pode ser definido, de forma resumida, como o **ramo de Direito** composto pelo **conjunto de normas que regulam o comportamento humano**, associando à realização de determinados factos ou condutas, **consequências jurídicas específicas** ou típicas deste ramo.

- Por outro lado, este termo pode também referir-se à ciência não exata que se debruça sobre as normas penais, ou seja, dogmática que estuda o ramo de Direito

Figueiredo Dias – Considera que, na verdade, se deveria falar em **Direito Penal e das medidas de segurança**, uma vez que a consequência jurídica atribuída à prática do crime nem sempre é uma pena, sendo aqui o critério diferenciador a culpa (inimputabilidade do agente)



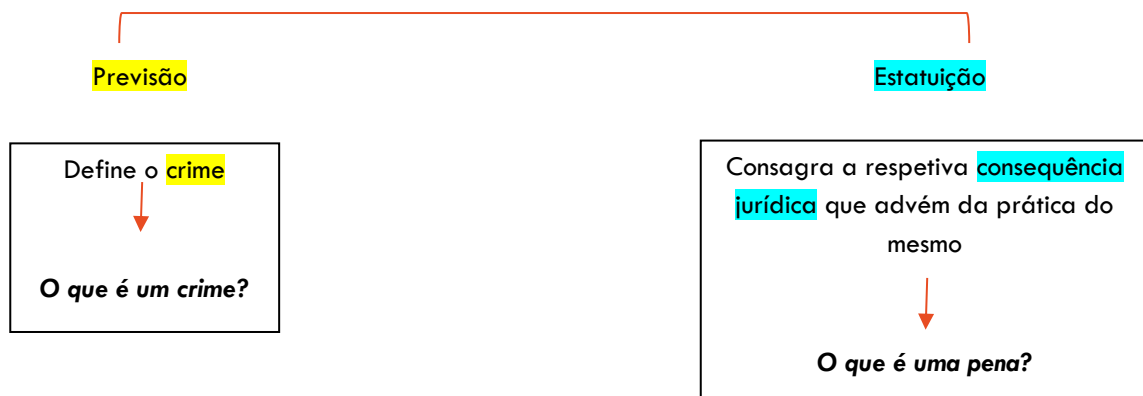
O facto de aplicarem medidas de segurança não retira o caráter penal à norma que prevê o crime; O DP é sempre um ramo sancionatório

MAS O QUE DISTINGUE DIREITO PENAL DOS RESTANTES RAMOS?

Para responder a esta questão basilar, importa perceber **o que permite identificar uma norma como penal**, isto é, que características especiais ou distintas deve possuir para caber/se enquadrar neste ramo.

Esta questão, por sua vez, possui uma grande relevância prática, na medida em que, quando uma determinada norma pode/é considerada uma norma penal, está sujeita aos **princípios norteadores** deste Ramo do Direito e demais regras que só se aplicam no âmbito do Direito Penal (possui um **regime próprio**).

ESTRUTURA TÍPICA DE UMA NORMA PENAL (2 elementos fundamentais)



Conclui-se, portanto, que as normas que cabem indubitavelmente nesta categoria são aquelas que prescrevem uma determinada sanção gravosa (pena ou medida de segurança) sempre que se realize um certo tipo de comportamento ou situação de facto ilícita. [Francisco Reis]

Neste sentido, **CRIME** e **PENA** são duas noções nucleares de Direito Penal que iremos desenvolver nos próximos tópicos (conceito material e formal de crime + fins das penas).

Mas há **mais elementos característicos** exclusivos das normas penais; tomemos como exemplo o artigo 131 do CP:

- ✓ Um agente (que pratica o crime) - *quem*
- ✓ Uma ação - *matar*



Desenvolver esta ideia :

Artigo 10 Código Penal

Embora não tenha, à partida, uma estrutura tipicamente penal, é ainda assim uma norma deste ramo (**atípica**), visto que serve o fim do Direito Penal, tem uma função específica no seu seio : **ajuda a delimitar o campo de aplicação das normas tipicamente penais.**

Quer isto dizer que, para perceber se uma lei é penal ou não não basta ter em conta os elementos enumerados nestas listas, mas também **atender a questões teleológicas e axiológicas** (para além de lógicas).

Ao mesmo tempo, torna-se necessário enquadrar este artigo na **estrutura do código penal**, que se divide em:


- **Parte geral** (até art. 130) – Princípios fundamentais relativos à aplicação da lei penal + delimitação do campo de aplicação das normas da parte especial + algumas referências à medida da pena
- **Parte especial** – Tipos de crime (o que se inclui, o que constitui um crime + consequência)



Este artigo dá-nos também algumas informações importantes relativas **ao que se qualifica como ação na estatuição** de uma norma penal;

Primeiro, importante distinguir 2 categorias:

- Crimes de resultado (e.g. homicídio)
- Crimes de mera atividade (e.g. conduzir alcoolizado) – para corresponder ao tipo *não tem de ser verificar um determinado resultado* ou concretizar-se efetivamente uma lesão de um bem jurídico;

 *crime de perigo abstrato* - não é preciso haver dano, basta haver uma ação que é de tal forma perigosa que acaba por ser punida

O artigo 10 postula, então, que, **no caso de crimes de resultado estes podem ser praticados quer por ação quer por omissão**; Porém, se se verificar esta última condição, não é qualquer uma que é punida, isto é, para a omissão constituir um crime é necessário que o **respetivo agente tivesse um dever especial de agir** (legislador é mais exigente e restringe substancialmente a extensão de casos a que se aplica)

e.g. nadador salvador – em caso de afogamento, por ter a função específica de os evitar, pode ser condenado por homicídio negligente; quem assiste é omissão de auxílio?

O artigo 20 é também uma norma penal pelo mesmo critério

Retomando....

- ✓ Um ofendido - *outrém*
- ✓ Pena - *8 a 16 anos de prisão*
- ✓ Um elemento implícito, quem está incumbido de aplicar a pena/fazer cumprir ou executar a sentença - *o Estado*

Da **relação entre estes elementos identificadores** podemos retirar que estão sempre em causa:

- 2 ações
 - Ação que constitui o crime
 - Ação que pune (punição)
- 2 sujeitos
 - O agente do crime (não há crime sem alguém que o pratique)
 - O agente que pune (o Estado, que aplica a pena)

Consequentemente, fica por demais evidente que **o ofendido não é obrigatório** ou necessário



Por outras palavras, **a tentativa também é punível**, sendo que neste caso tem-se um potencial ofendido mas não ferido pois o resultado (lesão) não foi alcançado

Em Suma, ao estabelecer uma pena, a norma penal descreve **uma das relações possíveis entre o indivíduo e o Estado** (um dos momentos da sua relação, provocado pela prática de uma determinada conduta ilícita , culposa e punível.)

A intervenção do Estado, desencadeada pela ação do agente, tem também em vista a **realização de um determinado fim** por parte do primeiro. E QUAL É ESSE FIM?



O problema da ESSÊNCIA do direito penal é também compreender a sua FUNÇÃO, que lhe é atribuída pelo Estado



No fundo, é um problema filosófico e questão permanentemente em aberto, que vai para além do direito positivo legislado

*O fim último do Direito Penal coincide, em grande parte, com o fim do Direito como um todo : a **manutenção da paz social**, salvaguardando **bens jurídicos essenciais à vida em sociedade** ou valores fundamentais que o Estado tem de tutelar (tais como a integridade física, a vida, património, etc);*

Assim o entende a maioria da doutrina, no contexto de Estado de Direito Democrático

MAS PARA ALÉM DISTO HÁ OUTRO PRINCÍPIO QUE SEPARA DIREITO PENAL DOS OUTROS RAMOS



INTERVENÇÃO MÍNIMA OU SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL

O Direito Penal só deve atuar como **último recurso**, quando nenhum outro ramo conseguir proteger de forma eficaz os bens jurídicos em causa; tem de ser **estritamente indispensável** e **necessário** para assegurar a defesa dos bens jurídicos fundamentais e dessa forma contribuir para a segurança e paz social

Esta ideia está consagrada no **artigo 18º nº2 CRP**, que vem estabelecer que o Estado só apenas pode limitar direitos fundamentais quando tal for indispensável.

Nota : *Não confundir com os finalidades das penas* (tais como a reabilitação, prevenção, etc) que são **fins instrumentais** , funcionando como meios para alcançar este fim supremo/último

OUTRAS CATEGORIAS/DISTINÇÕES E FRONTEIRAS

(A) Contraposição entre :

➤ **Direito Penal primário ou clássico**

Todas as normas que visam a tutela de bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, consagradas essencialmente na parte especial do CP.

Diz-se o direito Penal nuclear porque incide sobre bens jurídicos constitucionais relacionados com direitos, liberdades e garantias pessoais.

➤ **Direito Penal secundário ou acessório**

Não envolve diretamente DLG's nem está consagrado no CP, mas sim em legislação complementar ou avulsa.

Diz respeito à atividade económica, social, ambiental e financeira que o Estado também tem o dever de proteger, sendo a sua importância cada vez mais acrescida.

(B) **Direito Penal em sentido amplo**, para além do substantivo ou material que temos vindo a definir, engloba ainda:

○ **Direito Processual Penal** (adjetivo ou formal)



Remete-nos para o princípio da jurisdicionalidade do DP (só Estado o pode aplicar e de acordo com o que aqui for postulado, ao contrário do DC onde há espaço para mediação e arbitragem)

○ **Direito da Execução das Penas e das medidas de segurança** (Direito Penal Executivo)

(C) Direito Penal como ramo de **Direito Público**

➤ Critério dos sujeitos/posição – Estado atua revestido de poder (ius imperium) logo normas de DP são normas de Direito público

➤ Critério do interesse – obtenção de paz social, alcançada através da tutela dos bens jurídicos fundamentais

(D) DP como Direito **intraestadual**? (no quadro da ordem jurídica)

O **Direito Internacional Penal** tem uma relevância crescente no paradigma desta área. Não obstante, a sua fonte primordial é ainda estadual, pelo que é aplicada pelos órgãos nacionais.

Há alguns diplomas importantes e com algum impacto tais como a DUDH e a Convenção contra a Tortura e outras penas desumanas, mas os tribunais internacionais possuem competência limitada, pelo que são maioritariamente ad hoc e lidam com crimes de guerra, essencialmente.

Quanto à discussão de um possível **Direito Penal Europeu**, embora o Tratado de Amsterdão tenha aberto portas para uma harmonização do mesmo, ainda não é uma realidade. Isso não significa que não haja uma interferência ou referência do direito comunitário, porém não é direta através das normas nacionais.

(E) Fronteira com o DIREITO CONTRAORDENACIONAL ou de mera ordenação social

Este Direito contrordenacional **não integra o Direito Penal**, pese embora sejam ambos ramos de **Direito Público sancionatórios**. É de destacar as seguintes diferenças: [ilícito administrativo]

➤ A nível de **legislação aplicável**

No Direito Contraordenacional o CP e CPP apenas funcionam como regime subsidiário. Neste sentido, as principais fontes são:

- **DL 433/82, de 27 de outubro**, sujeito a várias revisões
- Lei 50/2006 de 29 de agosto, (lei quadro para as contraordenações ambientais)
- Lei 9/2013 de 28 de janeiro, (regime sancionatório para o setor energético)

Por vezes derrogam o regime geral do DL

➤ A nível **formal**

O Art.º 1 n.º1 do DL estipula que “constitui contraordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”.

Deste modo, em DCO fala-se em **contraordenação**, ao invés de crime (**previsão**). A natureza das consequências jurídicas é também singular e distinta: não se fala em pena mas antes em **coima (estatuição)**.

Por conseguinte, torna-se fulcral não confundir o conceito de **coima** com o de **multa**, não obstante se assumirem ambas como sanções de carácter pecuniário.

Nunca substituída por pena de prisão, apenas dá lugar à sua estrita execução

Artigo 49 do CP – Se não houver o seu pagamento, pode ser convertida em pena de prisão

➤ A nível **material**

A diferença que se verifica nas sanções assenta no facto de estas terem um fundamento diferente. Ou seja, de uma perspetiva material, há aspetos que levam **o legislador a considerar um determinado comportamento como merecedor de contraordenação**, e não um crime. Vamos explorar então o conceito material de contraordenação.

Todavia, as posições da doutrina divergem, pelo que se destacam três critérios principais:

1. Critério qualitativo

Parte da doutrina defende que a definição de contraordenação parte da **natureza material da conduta praticada** (ou facto verificado). [Este é o predominante na nossa cultura jurídica/doutrina, mas ainda assim as visões variam de autor para autor.]

- Professor Jorge Figueiredo Dias

Para este autor, inserem-se na categoria de contraordenações os comportamentos cuja relevância ético-social é consequência direta das normas que o proibem, e não anterior às mesmas.

Nesta ótica, contraordenações são distintas de crimes por serem neutras de um ponto de vista axiológico-social, apenas passando a ser sancionadas e desvalorizadas após a respetiva norma jurídica.

Já no caso dos crimes, tutelados e sancionados pelo Direito Penal, corresponde-lhes um mais amplo desvalor moral, cultural ou social, anterior e independente do desvalor de ilicitude que a lei lhe atribui. Neste sentido, condutas que corporizam crimes atingem bens jurídicos que já eram pré-existentes e relevantes, axiológico-socialmente falando.

Eg. Conduzir alcoolizado

0.5 a 0.7 – contraordenação

0.8 a 1.1 – contraordenação muito grave (art81 código estrada)

1.2 < - crime (art 29 CP)



Para o professor Figueiredo Dias, isto significa que só a partir de 1,2 g/l de álcool é que a conduta passa a ser ético-socialmente relevante por si só, sem precisar de norma, ou seja, passa a constituir substrato suscetível de a ele se ligar a respetiva criminalização (é aquele limite que marca a perigosidade social da conduta e a sua censurabilidade ética, independentemente de qualquer juízo jurídico de ilicitude.)

- Professor Américo Taipa de Carvalho

Discorda do Prof Figueiredo Dias na medida em que, para este, não se trata de DP ter por base condutas criminalmente relevantes e DCO não (as contraordenações dizem respeito a comportamentos com carga valorativa por si só, e não ético-socialmente desvaliosos)

Por conseguinte, o busílis da questão reside no tipo de valores ou bens jurídicos protegidos por cada um destes ramos.

DP



Tutela bens jurídicos e valores pertencentes à estrutura axiológica fundamental da vida comunitária
(daí crimes serem condutas mais perigosas e mais censuráveis)

DCO



Condutas eticamente relevantes mas que não integram essa estrutura

- Frederico Costa Pinto

O ilícito contraordenacional não é socialmente reconhecível a não ser na perspetiva do dever a que o agente se encontra adstrito e viola. Assim sendo, esta noção de contraordenação é construída a partir da ideia de dever jurídico e não de bem jurídico em si.

Ex.: ao nível da concorrência há o dever de lealdade. Quem o viola comete uma contraordenação, não um crime

- Fernanda Palma

Esta autora aponta 4 características essenciais para um comportamento se qualificar como contraordenacional:

- Menor desvalor prévio
- Menor desvalor da ação que fundamenta o ilícito
- Menor importância na ordem axiológica-constitucional do objeto direto da ação
- Insuficiente carência da proteção penal (esta não ser estritamente necessária)

2. CrITÉrio quantitativo

Por outro lado, tem-se autores que defendem que é a **gravidade do ilícito praticado** que determina a fronteira entre a aplicação de uma coima e não uma pena.

- Professora Conceição ValdÁgua

Em consonância com o defendido por Stratenberg e Schmittrousse, diz-nos que é com base no princípio da subsidiariedade do Direito Penal que se deve avaliar se o comportamento constitui um ilícito contraordenacional ou criminal.

Desta forma, é a gravidade do mesmo que nos permite perceber se a intervenção do direito penal é necessária ou indispensável para a salvaguarda dos bens em causa.

3. CrITÉrio misto (roxin e jacobs)

Por fim, outra parte da doutrina adota um critério misto segundo o qual a diferença será qualitativa ou quantitativa **consoante o termo de comparação**. Isto é, se estivermos perante **direito penal nuclear** a diferença será *qualitativa*, já se for **direito penal secundário**, a diferença será *quantitativa*. Mas não é assim tão linear...

Deste modo, há que **combinar o critério quantitativo com o qualitativo**, porque um por si só não é suficiente. Para decidir o qualitativo, para delimitar uma fronteira, temos de recorrer ao quantitativo. (BÁrbara Sousa Brito)

Na doutrina portuguesa, quem defende o critério misto é o **Professor Silva Dias**.

Diz-nos este professor que se confrontarmos o crime de homicídio com a contraordenação de estacionamento proibido, prevista no artigo 50º nº2 código da estrada, parece não haver dúvidas que a **diferença é qualitativa**: no primeiro está em causa um bem jurídico fundamental, a vida, enquanto que no segundo está em causa um mero dever jurídico de ordenação social.

Porém, o problema agrava-se quando confrontamos a condução de veículo com a taxa alcoolémia prevista no artigo 81º código estrada com a prevista no artigo 292º código penal. Aqui o critério em destaque já será o **critério quantitativo**

➤ A nível das **finalidades** das coimas

O fim da coima é também ligeiramente diferente do das penas:

- ✓ Por um lado tem-se o mesmo intento da **prevenção geral**, ou seja, reestabelecer a expectativa relativa à norma violada e prevenir a prática de futuros ilícitos
- ✓ No entanto, para além disso, visa-se difundir a mensagem que o **infrator enfrentou as desvantagens pecuniárias associadas**, não beneficiando de qualquer acréscimo patrimonial ou económico, fruto do seu comportamento

Ainda assim, não é natureza da sanção, mas sim a **natureza do ilícito** que distingue ou marca o limite entre os dois ramos do Direito.

➤ A nível de **Autoridades competentes** para a sua aplicação

O regime jurídico geral das contraordenações está no já referido DL 433/82, de 27 de outubro, mas o processamento das contraordenações é da competência das **autoridades administrativas**. Este ramo da ordenação social foi, em certo sentido, criado para libertar os tribunais. Contudo, como essas sanções aplicadas por entidades administrativas podem ser muito elevadas, há a possibilidade de o sujeito dessa coima **impugná-la junto do tribunal**.

➤ CONCLUSÃO

A fronteira é ténue e discutível, originando múltiplas discussões doutrinárias.

Importa acrescentar ainda que, dada a diversidade de contraordenações que existem atualmente, há uma tendência distinguir entre as **contraordenações tradicionais ou menores** das **contraordenações modernas ou grandes**



- Ana Vilela defende que estas se caracterizam, por oposição às menores, por terem um **conteúdo ético-social** de relevo
- Prof Silva Dias acha este corolário pouco seguro e volátil, pelo que aponta antes o critério formal do **limite máximo da coima**

II. CONCEITO MATERIAL E FORMAL DE CRIME

Um dos **conceitos nucleares** ou elementos essenciais e identificadores de uma norma penal é então a figura do **CRIME = previsão**. É esse ideia que vamos agora explorar.

C. FORMAL

VS

C. MATERIAL

É crime tudo o que o legislador legitimamente considere como tal



Se a Lei estabelece uma determinada consequência, nomeadamente uma pena, para um determinado facto/conduita, é crime

Remete-nos para o **princípio da legalidade** – é o que está na Lei

Não há crime nem pena sem lei → tudo o que possa ser considerado crime tem de estar previsto na lei, por uma questão de segurança jurídica.

Em termos objetivos e sucintos (e para efeitos da definição formal) os elementos constitutivos de um crime são:

- **Ação** {prática de uma ação}
- **Típica** {princípio da tipicidade – ação tem de preencher um tipo legal de crime}
- **Ilícita** {há alguma causa de exclusão de ilicitude? E.g. legítima defesa}
- **Culposa** {princípio da culpa – sem culpa, não há pena;}
- **Punível** {questão da inimizabilidade? não}

Pelo contrário, diz-nos o que é o que **o legislador deve considerar como crime**



Por outras palavras, de que **características/qualidades** se deve revestir um comportamento humano para que o **legislador se considere legitimado para o criminalizar**;

Ou seja, em que circunstâncias é que o Estado deve sentir essa necessidade de atuar, nomeadamente, a nível penal, com a aplicação de uma pena; formalizando-o na Lei como crime;



Por estas razões, pode considerar-se um **conceito pré-jurídico** ou **prévio/anterior** ao conceito formal de crime, situando-se **acima do Direito Penal legislado** ou positivado; Atua como **guia** (do DP a legislar) ou **padrão crítico** do Direito Penal existente, assinalando o que faz sentido ser criminalizado e o que não deve ser incluído nesta categoria jurídica.

De certa forma, realça o **caráter evolutivo do DP**, na medida em que a sua aplicação concreta e prática nos permite questionar se os *crimes existentes e atuais devem continuar a sê-lo*.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS CONCEÇÕES MATERIAIS DE CRIME

(Por ordem cronológica)

(A) **Positivista-legalista** (Savigny?)

Recorre fundamentalmente ao conceito formal: **é crime tudo aquilo que o legislador considere como tal.**

↳ **Crítica:** Ora, se o conceito material de crime deve servir de guia ao primeiro, então **estes não se devem confundir**; tem de haver uma distinção substancial, o conceito material tem de ser anterior à positivização do crime;

Para além da **inutilidade** desta definição, ao deixar por responder a questão fulcral da legitimação material do direito penal (que comportamentos humanos devem ser crimes, justificando a aplicação de sanções jurídicas especiais e particulares), deixa uma **arbitrariedade** muito grande ao legislador, que não se justifica num Estado de Direito Democrático (demasiado perigoso)

(B) **Positivista Sociológica** (Garofalo, 1885)

Parte da ideia da **ofensividade social**, ou seja, devem ser consagradas como crime todas as condutas que provocarem **danosidade social**, sendo esta auferida, por sua vez, pela **violação de sentimentos altruísticos fundamentais**.

Com efeito, é na **realidade social** que se encontra a resposta para o que deve ser ou não criminalizado: é crime tudo aquilo que existir na sociedade como tal (à luz da sua realidade).

No que respeita a aspetos positivos desta conceção, há que realçar o facto de ser a primeira teoria que constrói um conceito material verdadeiramente *pré legal*; Para além disso, também não é de descurar a ideia valiosa, e pela primeira vez explorada, de que *a realidade sociológica* de uma determinada comunidade num determinado momento é *relevante*.

Não obstante ...

↳ **Crítica:** A **imprecisão** técnica de elementos fulcrais desta conceção

Em que consiste afinal a danosidade social? Este conceito e respetiva definição não se encontra bem explícita/clara; e tal é essencial dada a função de padrão crítico do conceito material de crime.

Por outro lado, os termos em que se encontra apresentada são **excessivamente amplos/extensos**; Efetivamente, nem tudo o que provoca danos sociais deve ser considerado crime:

↳ Porquê? Devido ao **princípio da intervenção mínima** → Há comportamentos danosos socialmente que não justificam a sua criminalização, de uma ótica razoável; Daí ter-se outros institutos

jurídicos sancionatórios e que estabelecem outro tipo de penalizações como a responsabilidade civil e o Direito das contraordenações.

(C) **Moral Social** (Welzel)

Esta perspetiva mais ética foi corporizada por Welzel, um dos principais autores da escola finalista do crime em 1947.

Para este autor, crime consistiria em **todo o comportamento violador de deveres morais sociais elementares**, isto é, que fosse contrário a regras éticas básicas reconhecidas por todos.

Neste sentido, o papel do DP seria corresponder a um função de tutela, assegurando a **validade e proteção desses valores ético-sociais primordiais ou basilares**. Assim, contribuiria simultaneamente para a a formação ética e cívica dos cidadãos.

↳ **Críticas**

- ✓ Em primeiro lugar, oblitera uma ideia fundamental relativa à função do DP: deve salvaguardar/tutelar não valores de ação, mas antes **valores de resultado**;
Quer isto dizer que o foco não deve estar na punição/criminalização da conduta em si e do que ela representa moralmente mas antes no **bem jurídico** fundamental que deve ser, a todo o custo, preservado e respeitado.
E.g. com a norma penal direcionada para o crime “furto” visa-se proteger o bem jurídico consagrado constitucionalmente “propriedade”; apenas indiretamente e consequentemente é que se tutela o dever ético-social de “não roubar”, mas não é este o objetivo principal.
- ✓ Isto interliga-se com outro corolário importantíssimo: **o de que o Direito (e, mais especificamente, o Direito Penal) não tutela a moral**; De facto, vivemos numa sociedade ocidental pluralista, pelo que não deve ser a uma das funções do Estado a manutenção de valores morais ou éticos, tais como a virtude. É uma ideia muito perigosa, aliás. Art 41 CRP

(D) **Funcional racional**

É a conceção que vigora hoje em dia, e a mais amplamente aceite, embora não descurando certas falhas que serão aprofundadas mais tarde.

Nesta ótica, o conceito material de crime deve ser encontrado na própria **função que o Direito Penal desempenha**: a **proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais/essenciais para a vida em sociedade**.

Consequentemente, esta teoria ou perspetiva assenta em **dois pilares estruturantes**:

- ❖ É um crime a conduta que lese ou ponha em perigo **bens jurídicos fundamentais de terceiros**



- ❖ Esse bem tem de ser **digno de tutela penal**

- é preciso demonstrar que a criminalização de uma conduta que o ponha em causa é

- **Necessária**
- **Eficaz**

Isto deriva, mais uma vez, do princípio da intervenção mínima do DP (Art. 18º/2 CRP) e do princípio da proporcionalidade em sentido estrito/amplo?

1. O que é um BEM JURÍDICO FUNDAMENTAL?

Mais uma vez, trata-se de um tema em aberto, alvo de discussão doutrinária. A definição da sua essência varia, portanto, com o tempo histórico e consoante a corrente/escola de pensamento jurídico.

a. BIRNBAUN (1834)

- Define, pela primeira vez, bem jurídico como **um interesse primordial do indivíduo na sociedade** (seja o corpo, vida, liberdade, património).
- Esta é, evidentemente, uma noção muito elementar que foi, posteriormente, desenvolvida.

b. ESCOLA DE BADEN (sec XIX a 1930)

- Escola jurídica sul-ocidental alemã, metodológica e de raiz normativista, de onde se destaca o contributo de Honig, e, em Pt, como um dos seguidores desta corrente, Eduardo Ferreira
- Sob esta ótica, tem-se como bem jurídico a **forma abreviada de exprimir o sentido e finalidade de um preceito legal**, ou seja, corresponde à **expressão sintética do espírito da lei**.
- É, evidentemente, **criticável**, por um variado número de razões

↳ Efetivamente, de acordo com esta perspetiva/dogmática, bem jurídico **não é um conceito pré legal**, emanando sim da própria Lei; Ao partir-se da própria *ratio legis* para o conceptualizar este deixa de atuar como padrão crítico ou noção que transcende e é anterior ao direito legislado, o que é perigoso (deve ser esta a função dos bens jurídicos)



Que respostas foram apresentadas no seguimento desta dilema fulcral?

c. JAKOBS E STRATENWERTH

- Defende esta corrente doutrinária que se deve ir buscar ao **sistema social de uma comunidade a fonte legitimadora e produtora da ordem legal**, nomeadamente, dos bens jurídicos
- Consequentemente, retira-se deste entendimento que para se obter o conceito de bens jurídicos é necessário saber **o que a comunidade considera como tal**, e, em especial, os bens que considera dignos de tutela penal.

→ Mais uma vez, há aqui uma certa **imprecisão** ao utilizar-se noções tão **vagas e incertas** para a definição de bem jurídico, não fortalecendo a segurança jurídica. Afinal, como determinar o que é um bem jurídico no seio de uma sociedade?

d. ROXIN, HASSEMER E FIGUEIREDO DIAS

Roxin → concorda que é no sistema social onde se encontra a resposta à grande questão da definição de bem jurídico

MAS

→ Para os transformarmos em bens dignos de tutela do Direito é preciso ter em conta a **ordem axiológica jurídico-constitucional**

Ou seja, é possível concretizar a tese defendida por Jakobs desde que complementada com esse olhar sob a constituição

Hassemer → confirma que bem jurídico não pode ser o facto bruto retirado da sociedade, acrescentando-lhe essa tal **consagração constitucional**, isto é, tem de ser **dedutível** da Constituição, tem de se encontrar na Lei Fundamental uma **referência expressa ou implícita** ao mesmo.

Este conceito parece ter apoio na nossa ordem jurídica constitucional, desde logo pelo **artigo 3º nº2 CRP** que nos diz que toda a atividade do Estado está submissa à Constituição, sendo esta quem fornece os valores fundamentais da ordem jurídica através dos direitos liberdades e garantias.

Figueiredo Dias → A definição base de Roxin é então sintetizada da seguinte forma “bens jurídicos como entes individualizáveis num plano ontico e/ou num plano axiológico, ou objetivos que são úteis à livre expansão da personalidade dos indivíduos no âmbito do sistema social global orientado para essa livre expansão, ou ao funcionamento do próprio sistema.”

Todavia, **acrescenta** Figueiredo Dias um aspeto de extrema relevância: (...) **e por isso reconhecidos como valiosos pela ordem jurídica constitucional.**

Com efeito, para este autor bem jurídico afirma-se como a expressão de um interesse da pessoa ou da comunidade na manutenção de um estado ou objeto, daí decorrendo o reconhecimento do seu valor a nível constitucional.

Embora todo o bem jurídico, para corresponder a esse mesmo conceito, tenha de encontrar a respetiva referência na Lei Máxima da comunidade política, importa frisar que **nem todo o valor constitucionalmente reconhecido é penalmente relevante**, tendo em conta o **princípio da intervenção mínima**



Quer isto dizer que, não obstante a ligação evidente entre o DP e a ordem jurídico constitucional de **mútua referência**, não há, **nem deve haver, identidade total** entre os bens jurídicos dignos de tutela penal e os consagrados na Lei Fundamental, uma vez aplicando-se o **critério da necessidade** e da **subsidiariedade** a este ramo específico do Direito

Ainda no tema de aprofundar o conceito de bem jurídico, deve realçar-se o **CONFRONTO** entre a chamada visão dualista de bens jurídicos e a visão monista.

➤ **Visão dualista**

Bens jurídicos **individuais**

- Refere-se a **Direitos, Liberdades e Garantias**, consagrados na CRP mais propriamente no Título II da Parte I
- Corresponde à **esfera pessoal do Homem**, da qual decorrem bens jurídicos pessoais que o Estado deve tutelar
- Por sua vez, no que concerne ao DP, são protegidos, quando surge essa necessidade, pelo **Direito Penal primário** (que se encontra essencialmente na parte especial do código penal)

Bens jurídicos **sociais ou universais**

- Incide sobre os direitos, também consagrados na CRP, de **caráter económico, cultural e social**
- Neste sentido, é aqui que o Estado visa proteger a a **esfera de atuação social do Homem como membro da comunidade**
- Consequentemente, a nível de DP, esta área é da responsabilidade do **Direito Penal secundário** (contido em leis avulsas não integradas no código penal, entram os crimes que se relacionam com direitos sociais ligados à organização económica e ao ambiente)

Ainda dentro desta visão dualista que agrupa estes dois tipos de direitos, encontramos uma outra conceção: a **pessoal dualista**, desenvolvida pelo Professor Silva Dias



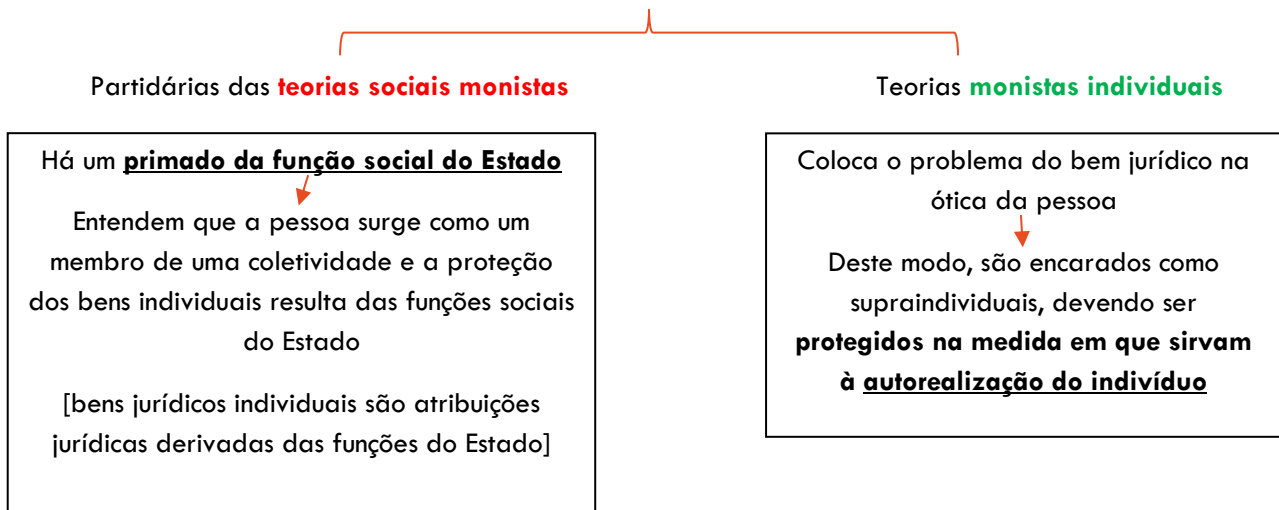
Não deixando de ser essencialmente uma teoria dualista, parte antes do **primado ético-jurídico da Pessoa**, isto é, tudo é visto e encarado da perspetiva da Pessoa Humana; qualquer bem tem de ter um referente pessoal, sublinha esta vertente de uma forma intensíssima



Assim, assumindo que a é a **função primordial do Estado de Direito Democrático** a criação de condições para a **autorealização da Pessoa Humana**, este deve atuar de 2 formas:

- Protegendo a esfera da atuação da Pessoa como ser **dotado de autonomia ética**, daqui retirando- se a tutela dos bens jurídicos individuais (DP primário)
- Protegendo a esfera de atuação da Pessoa como ser **social no seio de uma comunidade**, ou seja, satisfazer as necessidades da Pessoa decorrentes da vida em sociedade (tutela dos direitos sociais, económicos e culturais pertencentes ao DP secundário)

➤ **Teorias monistas**



2. O que é uma intervenção penal NECESSÁRIA E EFICAZ?

Resumindo, de acordo com a concepção material de crime adotada hoje em dia pela esmagadora maioria da doutrina, para haver crime, **além de uma conduta lesiva de um dado bem jurídico tem de se demonstrar que a intervenção penal tanto é necessária, como é eficaz.**

Mais uma vez, este duplo requisito advém ou está intimamente correlacionado com o princípio da **intervenção mínima do direito penal**, consagrado no **artigo 18/2 da CRP**, também designado por **princípio da necessidade da pena** ou princípio da **subsidiariedade** do direito penal.

- a. Apreciação da NECESSIDADE → interligado com o princípio da proporcionalidade e o princípio da proibição do excesso

A intervenção penal considera-se necessária quando for indispensável para a criação de condições mínimas para a manutenção da vida em sociedade.

Há aqui, simultaneamente, um raciocínio de **exclusão de partes**: DP só entra em cena se outros meios de controlo social não bastarem, isto é, não garantirem a prevenção daquele tipo de comportamento de forma adequada, ou uma repressão de modo menos gravoso para os infratores.

- b. Averiguação de EFICÁCIA → a intervenção penal é eficaz quando impede e previne a prática de futuros crime E/OU provoca mais consequências positivas do que negativas

Se não for eficaz, não é necessária.

Exemplo prático de tudo isto

A **discriminalização do consumo de droga em Portugal**, tal como estabelecido pela Lei 30/2000.

Olhando para o conceito material de crime, só poderá ser criminalizada de forma legítima uma conduta lesiva de bens jurídicos de **terceiros**, e não do próprio agente.

Mais ainda, tendo em conta o **critério da eficiência**, importa realçar que a ameaça de uma sanção penal não tem qualquer efeito a nível de prevenção do consumo de estupefacientes. Esse objetivo só será alcançado se o problema for encarado como uma questão de saúde pública, através de terapias e serviços oferecidos pelo Estado. Conclui-se portanto que a intervenção do DP era desnecessária, produzindo mais consequências desvantajosas que positivas.

[nota prática: não se aplica coima se o consumidor solicitar a assistência de serviços de saúde públicos ou privados. A sanção pode não existir porque o toxicodependente aceita sujeitar-se a tratamento em serviço público ou privado. Mesmo que ele não queira sujeitar-se, aos toxicodependentes, são aplicáveis sanções não pecuniárias.]

HÁ QUEM DIGA QUE ESTA IDEIA/CONCEITO RACIONAL-FUNCIONAL DE CRIME ESTÁ EM CRISE

- O principal argumento aqui diz respeito à **função promocional e de realização política do Estado**. Quer isto dizer, que há quem defenda que a atuação do Direito Penal visa não só assegurar bens jurídicos como é também um instrumento do Estado, um meio de fiscalização das suas políticas públicas.



Numa vertente mais prática, pretende-se sublinhar que uma nova vertente indispensável deve ser atribuída ao conceito material de crime, e, no final de contas, à própria função do Direito Penal : a ideia de **proteção das gerações futuras**, em aspetos tão relevantes como o ambiente, manipulação genética, etc...

→ A Professora Bárbara de Sousa Brito não concorda com esta posição, na medida em que:

- Parte da permissa errada, uma vez que um dos pressupostos desta teoria corresponde à **noção errónea de que a sociedade contemporânea é uma sociedade de risco**; Caracterizá-la desta forma implica contrapor-lhe uma sociedade anterior definida pela segurança quase plena/total, o que é, no mínimo discutível, pelo que não basta para justificar o corolário final.
- Ora, afirmar que a sociedade sempre foi de risco não significa excluir a necessidade de antecipar a tutela de certos bens jurídicos. Mas para tal, existe já uma figura de Direito Penal: **os crimes de perigo abstrato**.



Oposto de crime de lesão, não está aqui em causa a concretização de um resultado específico, mas antes uma ação abstratamente perigosa adequada a produzir um crime de resultado



Daqui decorre que o Estado e o DP não intervêm apenas quando os bens jurídicos de um terceiro já foram afetados pela conduta do agente, **a tentativa também é punível** (utilizar esta figura com cuidado, sempre tendo em mente o art. 18/2 CRP)

o nosso legislador está vinculado a punir comportamentos que acarretem a lesão **ou potencialmente lesivos de bens jurídicos de terceiros**, juntando-se ainda a necessidade de só poderem ser tutelados eficazmente e adequadamente por meios penais

Nota: Não entram aqui então as condutas que lesem valores morais; A professora tem medo que haja normas penais que prossigam só objetivos ideológicos; Exemplos disto foi a descriminalização da pornografia e do adultério

OUTRAS CRÍTICAS A ESTE CONCEITO RACIONAL-FUNCIONAL

1. **Hassemer** – reserva para o DP apenas a tutela de bens jurídicos individuais (se forem coletivos deve atuar outro ramo do direito)
2. **Stratenwerth** – aponta para a necessidade de um DP que incida mais sobre o comportamento, sem prescindir do estabelecimento de crimes de resultado
3. **Jakobs** – o direito penal da tutela dos bens jurídicos deve ser substituído pelo Direito Penal que tem como função a estabilização contra-fáctica das expectativas geradas pela violação de uma norma incriminatória



Quer isto dizer que a sua função última e idela passa por manter padrões de ação que organizam as expectativas sociais sobre o comportamento alheio, assim assegurando as condições essenciais à vida em sociedade

Crime → definido como dano social

Pena → oportunidade de controlar a ação social

Embora **a tutela das expectativas sociais com base na sua relação com determinados bens jurídicos** seja interessante, é uma conceção puramente sociológica, com isso correndo-se o risco de numa sociedade não democrática proteger-se expectativas não racionais.

ALGUNS TIPOS DE CRIME NO NOSSO DIREITO PENAL (AULA DE DEBATE)

(A) EUTANÁSIA

Antes demais, importa destacar que a **eutanásia não é, em si, uma figura penal** prevista pelo Ordenamento Jurídico Português, mas antes denomina um conjunto de situações em que há um certo grau de envolvimento de um terceiro na morte de um sujeito, com o seu consentimento ou até mesmo incentivo¹

Homicídio a pedido (art. 134)

vs

Ajuda ao suicídio (art. 135)

Disparar sobre a pessoa

Dar a arma

Distinção conceptual segundo **Roxin**:

- Indagar se depois do **último ato do terceiro** o lesado ainda tem a possibilidade de decidir livremente pela vida ou pela morte
- Saber quem tem **domínio/controlo** sobre o ato que põe termo à vida da vítima
- No fundo, saber se é o ato do agente ou da vítima que põe **diretamente termo à vida**, consumando o crime

Trata-se de uma mera ajuda ou o comportamento típico parte do agente?

→ Um caso que é exemplo disso mesmo é o caso Gisela em que dois jovens tentaram um duplo suicídio na Alemanha. Dois jovens, um rapaz e uma rapariga, fecharam-se no carro para inalar uma certa substância e morrer. Aconteceu que ela morreu, mas ele sobreviveu. A dúvida que se colocou foi como punir o sobrevivente, se por homicídio a pedido ou se por ajuda ao suicídio. Esta situação gerou uma grande discussão na doutrina, mas a jurisprudência optou pela condenação do rapaz por homicídio a pedido

→ Ora, se fosse seguido o critério que vimos sobre quem foi o responsável pelo último ato antes da morte, não seria esta a conclusão. Isto porque a rapariga podia, a qualquer altura, sair do veículo, pelo que, tendo o domínio até ao fim, podemos dizer que o último ato foi dela. Nesta linha de ideias de Roxin, o rapaz seria apenas punido por ajuda ao suicídio

A nível de **subcategorias**, há vários tipos de ajudas à morte, sendo que apenas 1 deles corresponde ao polémico tema hoje debatido na nossa AR (só este é ainda punido):

¹ De notar que o suicídio não é punido em Portugal (nem na esmagadora maioria dos OJ's) visto que, por estar em causa um bem jurídico próprio e não alheio, não cabe na definição de crime material

❖ Ajuda à morte indireta ou distanásia

- Médico prossegue à **aplicação de um tratamento permitido de acordo com a legis artis**, que visa, primariamente, **aliviar a dor e diminuir o sofrimento**.

- Neste sentido, a ajuda à morte é apenas uma consequência secundária desse mesmo medicamento, que, inevitavelmente, encurta o tempo de vida, podendo mesmo provocar a morte do paciente

↳ Por consenso da doutrina + jurisprudência não se insere na categoria de homicídio a pedido e não é punível

❖ Ajuda à morte passiva ou ortotanásia

- Trata-se no fundo de uma **eutanásia por omissão**, na medida em que a morte do paciente (severamente doente) resulta da interrupção de um tratamento

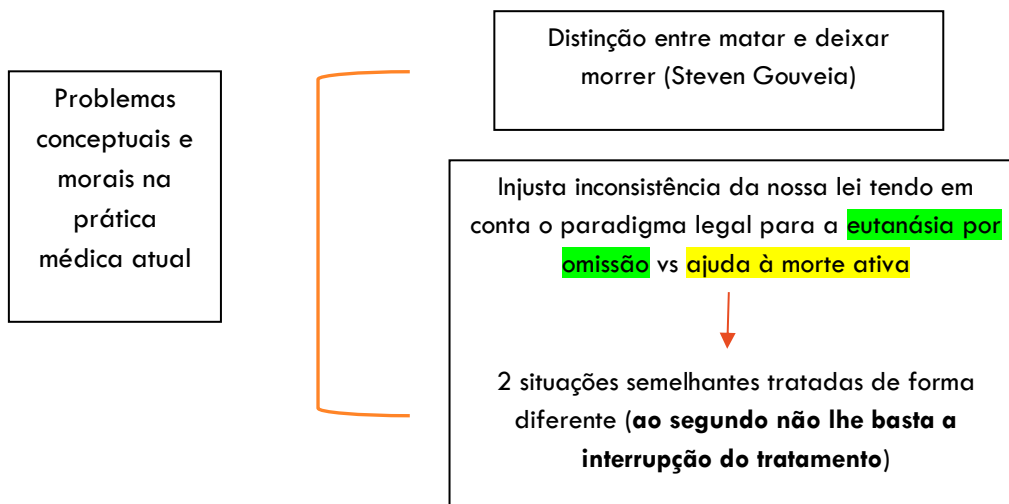
- Nestes casos, a pessoa já iniciou em o processo morte visto sofrer de uma doença incurável; Importa aqui frisar que se cessa o tratamento por pedido do paciente

❖ Ajuda à morte ativa ou direta

- Suicídio medicamente assistido ou homicídio a pedido ativo → devemos descriminalizar ou não quando a pessoa pedir ajuda para morrer e o médico tem de praticar o ato que leva à morte ou se dá os meios para a pessoa depois se suicidar? (Isto partindo do princípio que a pessoa não pode obter a substância nem administrá-la sozinha, caso contrário seria suicídio ou ajuda ao suicídio.)

- As condições em que se pode realizar sem ser punido são bastante rígidas: Tem de existir uma doença incurável, a pessoa tem de estar em sofrimento psicológico e físico insuportável esse sofrimento não é compensado por nenhuma substância de acordo com a opinião do próprio paciente – morte é a única solução) + Tem de ser um pedido sério e esclarecido.

- A permissa da despenalização é exatamente a dignidade da pessoa que quer morrer → estamos a protegê-la se penalizarmos quem ajuda?



Mais ainda - Médicos têm a **possibilidade de recusar o pedido**

- De uma **perspetiva relacional**, o que se deve tutelar não é o bem jurídico em si mas antes a relação do sujeito com o mesmo → se o titular mostra desinteresse pelo bem jurídico vida, a tutela penal deixa de fazer sentido (deve seguir-se a sua vontade)

Do lado dos **contra argumentos** tem-se que

- ✓ No plano da política penal não se deve tender a reduzir a importância do bem vida humana (dá a ideia errada à sociedade)
- ✓ Se houver discriminação, pode haver o consentimento a um pedido rápido e apressado (rampa deslizante)

(B) BIGAMIA

- Crime tipificado no Código Penal, mais especificamente pelo artigo 247º

- Qual é o bem jurídico em causa? Não há. Alguns dizem que é o instituto da família, mas isso não é real, porque podem existir famílias perfeitamente funcionais com pais bigânicos, além disso, também teríamos de punir penalmente o adultério. Por isso não faz sentido dizer que está em causa a família.

- O que vemos aqui é um reflexo do direito penal enquanto protetor de valores morais (nomeadamente a moral cristã), ou seja, um direito penal que não exerce a sua devida função

- No limite, a solução seria o divórcio ou nulidade do casamento (princípio da subsidiariedade do direito penal)

(C) LENOCÍNIO

- A prostituição deixou de ser crime em 1995, por não estar em causa um bem jurídico de terceiro; porém, em certos países, existe uma tendência de punir o consumidor, dado poder considerar-se que existe uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana. (mais uma vez, não é o que sucede no OJ português)

- O que está em causa no artigo 169º é a punição de terceiros que com isso obtêm lucro, através da atividade sexual alheia, ou seja, os chamados bares de alterne ou a figura dos chulos

- Antes da redação de 2004/2014? era exigido que a pessoa explorasse uma situação de necessidade para ser punida. Hoje em dia essa debilidade já não é exigida pelo nº 1 do artigo para que a conduta preencha o tipo legal de crime, mas é um elemento que pode agravar a ilicitude do comportamento e, conseqüentemente, a pena, nos termos do nº 2

- Mas se ...

- A prostituição não é crime
- Quem recorre a este serviços (cliente) não é punido
- Não é um pressuposto necessário a exploração de uma situação de vulnerabilidade ou carência económica

Que bem jurídico está em causa?

Olhando para a segunda parte do conceito material de crime – **há a necessidade de criminalizar a conduta ?**

➔ O direito penal sexual tem evoluído no sentido de criminalizar apenas as condutas que ponham em causa a **autodeterminação sexual** ou a **liberdade individual**; esta não é uma delas;

Há portanto **duas posições distintas**:

- ✓ **Figueiredo Dias** e Escola de Coimbra : a função do artigo 169 é penalizar um crime sem vítima estando em causa uma opção do legislador que visa proteger **valores moralistas** por via do Direito Penal, e não a proteção de um bem jurídico
 - ➔ A prof concorda que está aqui em causa a defesa do pudor e da moralidade e acha que devia de deixar de existir este número e deixar só o 2

- ✓ Análise da **prof Fernanda Palma** do acórdão 144/2004
 - Estamos perante um **crime de perigo abstrato**, pois o busílis da questão reside na antecipação da tutela dos bens jurídicos em causa, tendo em conta a prostituição como uma atividade potencialmente de risco – punir quem incentiva
 - Mais ainda, argumenta que estará sempre em causa um aproveitamento económico da fragilidade seja psicológica, social ou financeira de quem se prostitui – incorre-se sempre numa **violação do princípio da dignidade humana** ao utilizar-se a pessoa como um instrumento e não um fim em si mesmo (lucro é o grande objetivo) --- questionável (posso prostituir-me pq quero? Na generalidade, quem se prostitui não é livre)

(D) ABORTO

Até 1994, o aborto era proibido em Portugal em todas as situações. Com a **lei n°6/94** veio a permitir-se a interrupção voluntária da gravidez nos casos de perigo de vida da mulher, perigo de lesão grave e duradoura para a saúde física e psíquica da mulher, quando existisse má formação do feto ou quando a gravidez resultasse de uma violação.

Em 1997 alargou-se o prazo de má formação fetal e, atualmente, o prazo neste caso é de 24 semanas. Em **2007** foi despenalizado o aborto até à 10ª semana, como se lê no **artigo 142 n°1 e**).

O **bem jurídico** que se pretende proteger é a **vida intrauterina**. Se fosse a vida humana, a interrupção da gravidez teria de ser punida como homicídio. Será que este bem jurídico, vida humana, existe até à 10ª semana? Cientificamente está provado que não está formado o sistema nervoso até essa data, logo não há capacidade de sentir pelo feto. Daí que a doutrina ponha em causa a existência sequer de um bem jurídico.

Partindo do pressuposto de que há efetivamente um bem jurídico, a grande discussão é a sobre a **necessidade e a eficácia**: é necessária e eficaz a intervenção do direito penal? Os últimos dados estatísticos mostram que houve uma **diminuição dos abortos desde a sua descriminalização**. Além disso, a penalização tinha muitas consequências graves de saúde, principalmente devido a abortos clandestinos e problemas de higiene. A lei estava constantemente a ser violada e as mulheres corriam demasiados riscos. A professora Bárbara Sousa Brito tem muitas dúvidas acerca da necessidade desta lei.

III. OS FINS DAS PENAS

Vimos agora a definição de crime, cuja conceção mais recente e amplamente defendida atualmente associa à sua função: a proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais à vida em comunidade, mercedores dessa mesma tutela penal.

Mas, como nos diz o professor Figueiredo Dias, a função do direito penal no sistema dos meios de controlo social e na ordem jurídica total deverá apreender-se também da **essência das consequências jurídicas aplicáveis**, e não apenas da natureza do seu objeto (o crime).

Neste sentido, importa estudar não só a previsão como também a **estatuição** das normas penais → o tema dos fins das penas, no fundo, coloca-nos uma grande questão: **para realizar a função última do Direito Penal, que finalidades devem estas assumir?**

Tudo gira à volta da **fundamentação** e **legitimação** da intervenção penal estatal:

- O que **justifica** o Estado aplicar uma pena?
- Para que **serve ou deve servir** a ameaça de uma pena?
- Quais são os **fins** (legítimos) **que o Estado pode ou deve atingir** com a aplicação de pena?

Surgem, assim, várias teorias.

TEORIAS PREVENTIVAS

Tal como o nome indica, conceptualiza a **pena como um instrumento de prevenção de futuros crimes**, isto é, esta nasce e é fruto dessa mesma necessidade que se impõe ao Direito Penal.

Estas são também classificadas como **teorias relativas**, na medida em que encontram a sua **fundamentação no fim que visam alcançar** (evitar a prática futura dos mesmos factos ilícitos), e **não na prática do crime em si**. [justificam-se face/com base a um fim distinto da mera prática de um crime]. Sempre relacionadas com a proteção de bens jurídicos (ver p.30)

(A) Teorias da prevenção GERAL

Feuerbach - o fim da pena é evitar a criminalidade por parte dos indivíduos

- Dissuadindo a generalidade das pessoas da prática de crime
- Motivando-as a a comportarem-se de acordo com a Lei

A pena só será racional se for para realizar o bem, daí contribuindo para a paz e ordem social almejada. Assim, afasta-se os membros da comunidade da realização de condutas criminosas com base em 3 elementos/momentos:

- Ameaça penal estatuída pela Lei [ameaça da pena]
- Realidade da sua aplicação [aplicação da pena]
- Efetividade da sua execução [execução da pena]

De que forma se alcança este fim?

Prevenção geral POSITIVA

Vertente **integradora** → a prevenção geral resultará **da reafirmação da eficácia do Direito**

A pena e respetiva aplicação revela a **consistência da Ordem jurídica**, e com isso reforça-se a **confiança do cidadão** no Direito

Segurança jurídica que advém da crença na validade e força da vigência das normas de tutela dos bens jurídicos, cuja violação acarreta necessariamente consequências

Prevenção geral NEGATIVA

Através da **intimidação** → a pena é um meio de intimidação, que provoca **receio face ao sofrimento que inflige** ao agente do crime

receio levará à **abstenção** de condutas criminais

CRÍTICAS ²

- ❖ Contrárias ao **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**, na aceção de Kant → nesta conjuntura ou paradigma, o Homem não é um fim em si mesmo, mas antes um meio para alcançar um fim – a prevenção geral
 - Ao aplicar-se a pena, **instrumentaliza-se o criminoso** ou para intimidar a população ou para reforçar a sua confiança no Direito

[Prof Figueiredo Dias discorda -- defende que se assim fosse, teria de se concluir pela ilegitimidade total de todos os instrumentos destinados a atuar no campo social e a realizar as finalidades socialmente úteis]

- ❖ Correspondem a uma visão (extremamente) **objetivista do Direito Penal** → a pena e respetiva medida não pode ser unicamente determinada com base na sua função ou resultado pretendido (dissuasão geral)
 - A culpa é também um aspeto essencial a ter em conta (subjativismo releva para a aplicação das penas)

[Direito Penal Objetivo - passaríamos a ter um DP assente no resultado das consequências jurídicas e não na culpa do agente, apenas de futuros crimes]

- ❖ Impossibilidade de **calcular com certeza o efeito intimidatório** de uma pena → levaria a que não se fixasse limites ao poder punitivo

² a esmagadora maioria destas críticas apenas tem cabimento se considerarmos que a prevenção geral, positiva ou negativa, é **o único fim da pena** - se as defendermos como **fundamento exclusivo** das penas


→ tendência seria a de criar penas cada vez mais severas e desumanas, incompatíveis com a DPH até que se atingisse o objetivo prevenção geral do crime

[Prof Figueiredo Dias → É preferível uma prevenção geral positiva, na medida em que estabelecerão penas adequadas com a culpa e todos os outros pressupostos uma vez não ser já necessário criar um sentimento de intimidação no indivíduo, mas apenas uma ideia de que o sistema punitivo funciona]

(B) Teorias de prevenção ESPECIAL

Doutrina promovida sobretudo por Liszt, a pena é também concebida como um meio de prevenir a prática de futuros crimes, mas **atuando apenas sobre a pessoa do delinquente.**

É esta a principal distinção entre as teorias de prevenção geral e as teorias de prevenção especial → a última dirige-se a **um indivíduo determinado** (o que praticou o crime, e não à coletividade)



O fim da pena é a **prevenção da reincidência**

Como se atinge, então, este fim? 3 formas possíveis:

- **Ressocialização** do agente através da sua correção, incidindo na sua personalidade e comportamento [melhoramento – prevenção especial positiva]
- Caso isso não seja possível dado as circunstâncias/natureza do agente, recorrendo à **intimidação** [atemorizá-lo, e.g. pena suspensa -- prevenção especial negativa]
- Em última instância, **neutralizando o agente** (torná-lo **inofensivo** e eliminando qualquer possibilidade de práticas criminosas futuras [privando-o da sua liberdade durante um determinado período de tempo – prevenção especial negativa]

CRÍTICAS

- Não é possível adaptar este modelo de justificação aos chamados **crimes ocasionais**



Crimes passionais (agente acometido por uma emoção violenta) – não tendem a repetir-se [e.g. mulher que sofre violência doméstica durante vinte anos e acaba por matar o marido]

- Esta teoria aplicada em exclusivo, pode levar à execução de **penas indeterminadas** (delinquente ficar preso até lhe passar a perigosidade)

põe em causa DPH, interrelaciona-se com...

- Com dados seguros, não é possível fazer uma **prognose sobre a delinquência futura** → logo, como determinar a medida da pena? [MFP]
- Situação **de desigualdade e injustiça** → Maria Fernanda Palma considera que crimes muito graves poderiam ficar impunes se não existisse perigo de reincidência e crimes menos graves poderiam justificar prisão perpétua
- Figueiredo Dias afirma que muitas vezes a **socialização do indivíduo demonstra-se desnecessária**. Assim, a prevenção especial positiva não pode valer por si só.
- Em DP, a pena não é a única sanção prevista pelo Legislador: tem-se também a medida de segurança, sendo que a contraposição entre ambas assenta no critério da culpa do agente



Se esta teoria da prevenção especial fosse adotada como fim ou fundamento único da aplicação das penas **deixava de fazer sentido a distinção entre penas e medidas de segurança**, pois a perigosidade do agente seria a única justificação a ter em mente

TEORIAS RETRIBUTIVAS

A pena esgota-se numa ideia de **pura retribuição**, isto é, apresenta-se como **um justo equivalente** do crime praticado.

Tem como **fim** a própria **reação punitiva**, ou seja, a sua essência reduz-se à **expição, reparação ou compensação do mal** do ilícito.

Daí corresponderem a **teorias absolutistas** → a aplicação da pena justifica-se pela simples ocorrência do facto, não há um fim autónomo (“Pune-se porque se pecou”)

(A) Teorias Retributivas SUPERFICIAIS

- Pena associada a uma ideia de **castigo** direto, na lógica do “olho por olho, dente por dente”
- É encarada como um **mal em si mesma**, que o Estado pratica na sequência de um outro mal provocado pelo agente

Críticas

- O mal em si, **não é um fim possível da vontade do Estado**; não é racional que o Estado possa ter como fim um mal. Não pode ser considerado um **fim legítimo** de um Estado de Direito Democrático, na aceção moderna do mesmo
- O princípio “olho por olho, dente por dente” é, verdadeiramente, bárbaro e simplista, dado o seu **caráter inflexível e extremo**; Leva a situações verdadeiramente injustas, como por exemplo, não permitindo a distinção das situações **em função da culpa do agente**, e com base nisso ajustando a pena aplicável ao sujeito (pessoa que rouba para comer e a que rouba por puro prazer – risco de tratar ambas como iguais)

(B) Teorias retributivas da REPARAÇÃO

- O fim da pena é a **reparação do dano da culpa**
- Neste sentido a espécie e medida concreta da pena é aferida mediante a correspondência entre esta última e a **maior ou menor gravidade da culpa**
- Só assim se recupera o delinquente para a sociedade

Dano sem sentido amplo → diminuição do valor de um bem jurídico

A quem é que o crime causa dano?

- O crime lesa o bem jurídico de alguém que foi vítima da ação do agente
- Causa dano à sociedade e pode até pôr em causa a ordem e a paz social, criando-se o perigo e o receio pela prática de novos crimes
- causa também dano ao próprio agente, ao delinquente que, com a prática do crime, vê uma diminuição do valor da sua personalidade ou valor pessoal que tem perante a sociedade.

Críticas

- ✓ Redundam muito nas mesmas ideias referidas anteriormente: Fernanda Palma considera ainda que não cabe ao Estado, enquanto entidade democrática, promover a ética e a moral em si mesmas; o Estado **não pode sancionar automaticamente a culpa ética**. Acrescenta ainda que tal conceção violaria o artigo 18/2 da CRP que estabelece que só pode ser possível aplicar uma pena quando a mesma for necessária para a preservação da sociedade
- ✓ **artigo 74 do CP** - casos de dispensa de pena para certos crimes menos graves?

Figueiredo Dias afirma que, pese embora as consequências negativas da aplicação desta teoria, a ela devemos a ligação do princípio da culpa com a ideia de pena;

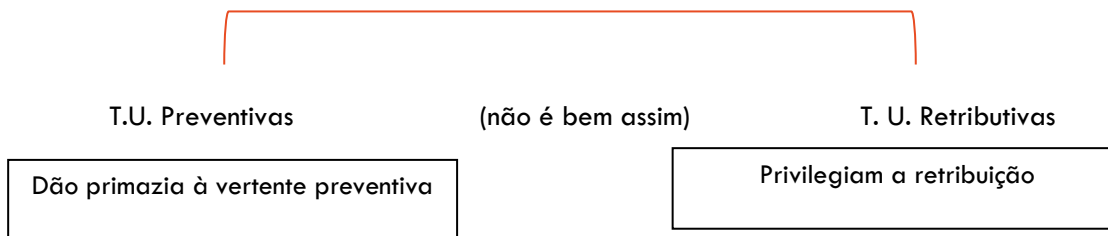
Nomeadamente a consagração de causas de exclusão da culpa no nosso Código Penal, como o Estado de necessidade (art 35) – permitem resolver dilemas éticos académicos como o exposto na pág. 25 da sebenta da Inês Carreiro.

TEORIAS MISTAS OU UNIFICADORAS

Atualmente, a maioria das doutrinas sobre os fins das penas nas várias ordens jurídicas radica em tentativas de **combinar as várias correntes** apresentadas

- **Figueiredo Dias** recusa de todo uma combinação entre teorias retributivas e preventivas, afirmando que as mesmas nunca são admissíveis/conciliáveis

Já relativamente às teorias que combinam a prevenção geral e especial, o autor em causa parece concordar com elas – podemos então falar em **prevenção integral**.



Roxin → Teoria unificadora preventiva (de prevenção geral e especial) **ou Dialética**

[NOTA INICIAL : ao defender-se uma unificação das teorias da prevenção geral e especial, abandonando as teorias retributivas, tal não significa que se abandone ou minimize o pensamento ou o princípio da culpa. A culpa terá de ser sempre pressuposto e limite inultrapassável da medida da pena]

Este autor alemão diz-nos que o direito penal enfrenta o indivíduo de três formas diferentes, mas intrinsecamente ligadas:

- ameaça com penas através de normas legais
- impõe essas penas através das sentenças
- por fim, executa-as.

Deste modo, uma teoria dos fins das penas verdadeiramente completa tem de ser capaz de explicar/fundamentar/justificar estes **três momentos distintos**

1. Ameaças Penais

O que é que justifica que o Estado possa, através de normas jurídicas, ameaçar os indivíduos?



a **proteção de bens jurídicos fundamentais** e necessários à paz e ordem social (o intuito tem de ser obrigatoriamente este, de forma a garantir uma vida comum e livre, sem perigos)



Esta resposta coincide com aquela que se dá quando se pergunta qual é a função do direito penal. Portanto, Roxin **vai buscar a finalidade da ameaça à própria finalidade do direito penal**, mas acrescenta algumas notas:

- ✓ Reforça a **natureza subsidiária do direito penal**, mesmo quanto às ameaças penais → havendo lesão de bens jurídicos, o direito penal só pode ameaçar com penas quando tal se mostrar indispensável por ser inalcançável por outro ramo do direito
- ✓ o direito penal não pode punir condutas só por estas **serem imorais** → a sua função é, verdadeiramente, a proteção de bens jurídicos fundamentais e não a tutela da moral
- ✓ Esta proteção de bens jurídicos essenciais, que justifica a ameaça, só pode ser feita de **forma preventiva** → Se estamos a falar em normas jurídicas, estas precedem temporalmente a atuação dos sujeitos, então só podemos falar numa proteção preventiva (que se antecipa, com base na tal dissuasão geral, desta vez decorrente apenas da ameaça e ainda não da sua concretização)

2. Aplicação das Penas

- O que justifica, em primeiro lugar, a aplicação das penas, é **demonstrar que o direito penal é eficaz** e que se concretiza mediante a aplicação da pena (prevenção geral positiva)
- Não basta este fim: a proteção de bens jurídicos exige também o **respeito pela dignidade**, humanidade e autonomia do agente



Princípio da culpa – culpa como limite intransponível da pena

pena na medida da culpa com que o agente praticou o facto, nunca a pode ultrapassar
[concretiza-se em parte na não aplicação de penas desumanas]



Roxin defende um **conceito social de culpa**

- a culpa que o agente tem é aquela que a sociedade considera que ele tem (preocupação em confirmar os juízos que a sociedade faz acerca dos factos praticados)
- Prof. Bárbara discorda, uma vez que esta noção de culpa é contrária à teorização inicial de Roxin que defende a proteção da dignidade da pessoa Humana
- A avaliação de culpa deve ser feita de forma objetiva e não com traços sociais (a culpa que o agente realmente tem, e com que agiu no momento da consumação do crime)
- A aplicação da pena também pode ter como fundamento, em muitos casos, **a prevenção especial** → dissuadir o próprio delinquentes de vir a praticar novos crimes no futuro.
- Nota: neste âmbito, é também fulcral ter em conta a aplicação da pena consoante o **direito processual penal justo e correto** (e.g. proibição da tortura nos interrogatórios)

3. Execução das penas

- Deve ter como fim, por um lado, a ***proteção dos bens jurídicos***, e, por outro lado, ser uma ***execução socializadora*** (só essas são legítimas, as que que conjugam a ressocialização do agente com a proteção adequada e eficiente)
- Mais uma vez, reforça-se a necessidade de respeito pelo princípio da DPH (por exemplo, não efetivando a castração química de delinquentes sexuais)

CONCLUSÃO : a grande conquista do DP Alemão, para Roxin, foi introduzir no sistema sancionatório a ideia de ressarcimento da vítima, tentando reparar o dano que determinada conduta causou ao ofendido

OS FINS DAS PENAS NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

Olhando primeiro para as **disposições do Código Penal**

- Artigo 40, n.º 1
 - “Proteção de bens jurídicos” – **Teorias preventivas**³, uma vez que só se pode proteger os bens jurídicos através de normas penais prévias às violações [SEMPRE QUE SE MENCIONA A PROTEÇÃO É PREVENTIVAS]
 - “reintegração do agente na sociedade” – aqui tem-se uma referência específica à **prevenção especial**, pois é assim também indicada como finalidade da pena evitar a prática de futuros crimes por parte do agente
- Artigo 40.º, n.º 2
 - “em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa” – **Teoria retributiva da reparação**, visto que fica implícito que a pena deve visar também reparar o dano da culpa, nomeadamente através da recuperação do indivíduo para a sociedade

- Artigo n.º 71, n.º 1

Determinação da medida da pena – mais uma vez, apresenta vários sentidos/correntes possíveis

Como é que a **doutrina interpreta estas normas**? Que teorias acolhe?

(A) Professor Augusto Silva Dias

À semelhança de Roxin, distingue aqui **3 momentos** cruciais da atuação/intervenção penal do Estado

↓
PORÉM

Adiciona aqui uma nuance não explorada pelo jurista alemão:
A contraposição entre **fins das penas** versus **razão de ser da pena**
(que também varia consoante a fase que se avalia)

- ✓ Ameaça penal
 - A **razão de ser** de se ameaçar com uma determinado comportamento é o facto de se considerar essa conduta como lesiva de bens jurídicos e merecedora de tutela penal, ou seja, o facto o comportamento corresponder ao **conceito material de crime**
 - **Finalidade da pena** reside, porém, na tutela dos bens jurídicos, essencialmente numa vertente de **prevenção geral positiva** [eficácia do direito e reforço da confiança]
- ✓ Aplicação da pena

³ Norma não clarifica se está em causa a prevenção geral ou especial, mas pelo contexto parece apontar no sentido da prevenção geral positiva

- **Razão de ser** é a previsão da norma que consagra a ameaça concretizar-se; assim se passa à aplicação

- Tendo em conta que é a **prática do crime** que despoleta a aplicação da pena, estamos perante uma manifestação da teoria de retribuição⁴, que define a razão de ser.

- De notar que, para o professor Silva Dias, trata-se de uma retribuição da culpa do agente, ou seja, é esta que vai ditar o limite da retribuição, bem como fixar os limites dentro dos quais as finalidades preventivas podem ser prosseguidas/admitidas⁵

- Quanto à **finalidade**, trata-se de certa forma da prevenção geral, mas, principalmente, a **prevenção especial** – o juiz, atendendo às condições do meio prisional, deve escolher a medida da pena adequada a evitar a prática de futuros crimes, apostando no que for necessário à criação de uma sensibilidade social por parte do agente

✓ Execução da Pena

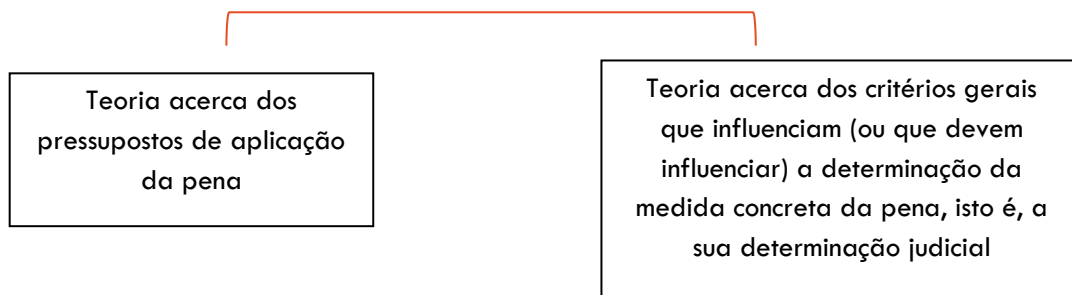
- Este é o único momento em que a **razão de ser e a finalidade da pena se confundem: prevenção especial positiva**

- A única execução que interessa é a execução socializadora. A preocupação/foco deve ser então fornecer ao delinquento os meios e as condições necessárias à promoção da sua reintegração na sociedade

CONCLUSÃO: Teoria unificadora; segue a tendência da doutrina atual para conceptualizar teorias mistas, provando que uma corrente única não é suficiente para justificar/fundamentar todos os aspetos envolvidos neste grande tema doutrinário

(B) José de Sousa e Brito

Teoria dos fins das penas completa deve incluir não só...mas também...



⁴ Razão da aplicação da pena é a retribuição pela prática do crime, com base na medida da culpa (resumo).

⁵ Indivíduo é punido segundo a culpa.

i. Pressupostos de aplicação da pena

- A pena fundamenta-se na **culpa**
 - Artigo 71º, nº 1 e artigo 40º CP
 - Artigo 1º CRP, só é possível efetivar o respeito pela Pessoa Humana se de facto se demonstrar essa tal ligação subjetiva
- Necessidade da **prevenção geral**
 - Alicerça-se no artigo 18º nº 2 da CRP, relativo ao princípio da subsidiariedade ou da necessidade da pena
 - Quer isto dizer que o direito penal apenas pode intervir quando tal se mostre indispensável para a proteção de bens jurídicos fundamentais.

ii. Critérios que influem na determinação da medida concreta da pena, dentro da moldura legal penal estabelecida⁶

- ✓ A **culpa** é também critério → resulta do artigo 40º nº 2
- ✓ **Prevenção especial** → dentro do máximo e mínimo permitido por Lei, importa definir a pena tendo em conta o necessário para impedir/previnir a prática de futuros crimes por parte do agente
- ✓ **Prevenção geral** → A prevenção geral vai influir na medida concreta da pena, dizendo ou condicionando o limite mínimo necessário para a defesa dos bens jurídicos
 - isso resulta claramente do art18/2.

Exemplo:

Atentemos ao exemplo de uma senhora foi vítima de violência doméstica durante vários anos, mas um dia, num ato de loucura, mata o marido. Este será um **crime passionnal**, que se enquadra no **artigo 133º** sobre o **homicídio privilegiado que limita a moldura penal entre 1 a 5 anos.**

→ As emoções, neste caso, diminuem a capacidade da pessoa de compreender verdadeiramente o que está a fazer. **O próprio legislador criou esta moldura legal**, menos grave do que a do homicídio ou do homicídio qualificado, tendo em conta todos estes fatores.

- A **prevenção especial** é quase nula porque, em princípio, foi um crime ocasional que, dados os seus contornos, não se vai repetir. **Não há risco de reincidência**
- Contudo, terá sempre de se responder a **exigências de prevenção geral** que fixam um mínimo necessário
- Neste caso, pode acontecer que, face à reduzida necessidade de prevenção especial, a medida da pena seja **inferior ao limite mínimo da culpa** (pode ser inferior, mas nunca superior)

Artigo 71º, nº 3 → O juiz terá de expressar na sua sentença quais os fundamentos que o fizeram chegar àquele resultado concreto da pena, nomeadamente **os vários fins das penas que ponderou,**

⁶ **Finalidades/Fundamentos daquela pena em concreto** – o que se visa assegurar com o número de anos determinados pelo juiz

(C) Professor Figueiredo Dias

i. Fins da Pena

- ✓ Em **primeiro plano** tem-se a **prevenção geral positiva**, no sentido da proteção dos bens jurídicos via a reafirmação de valores jurídicos e das normas que os tutelam
- ✓ Secundariamente, tem-se a **prevenção geral negativa** (intimidação), bem como a **prevenção especial**, direcionada apenas para o autor do crime

ii. Critérios que influem na medida concreta da pena

1º PASSO → a medida da pena começa por se determinar pela **medida da prevenção geral positiva**, isto é, face ao **necessário para impedir a prática de futuros crimes** por parte da generalidade das pessoas, reforçando a confiança na eficácia do direito (sempre com o objetivo primordial da tutela dos bens jurídicos)



Este primeiro critério vai atuar como um verdadeiro **quadro medida**, na medida em que permite estabelecer:

- **Limite mínimo** – corporiza a medida ótima da tutela dos bens jurídicos
- **Limite mínimo** – corresponde ao estritamente necessário para que uma proteção adequada seja assegurada a esses mesmos bens



Base legal/justificação deste corolário – princípio da necessidade da pena (art 18 CRP) ⁷

2º PASSO → dentro dessa moldura de prevenção geral positiva, a medida da pena é encontrada em função de exigências de **prevenção especial**, que nos fornece também um máximo e um mínimo

- Quer seja pela positiva (aposta na ressocialização do agente)
- Quer seja pela negativa (baseada na intimidação do agente)

3º PASSO → A medida da pena vai estar ainda **limitada pela culpa**

- Culpa do agente como **limite inultrapassável da pena**, na medida em que esta indica o máximo da pena compatível com o respeito pela dignidade da pessoa humana

CONCLUSÃO : toda a pena que responda adequadamente às exigências preventivas⁸ e não exceda a medida da culpa é uma pena justa.

⁷ Defende o autor que, se a aplicação da pena e a determinação da sua medida não fosse comandada por esta finalidade, estaríamos a cometer uma infração ao espírito dessa norma constitucional

⁸ toda a pena serve finalidades exclusivas de prevenção (geral e especial)

Críticas

- A **culpa do agente** pode determinar **uma medida exata da pena**? Não. No contexto da nossa Ordem Jurídica, a culpa apenas tem atributos para estabelecer um limite mínimo e máximo (daí as molduras legais variarem cosoante este aspeto, tal como dispõe o próprio CP)
- **Permeabilidade às expectativas sociais** – Com efeito, o legislador ao estabelecer molduras legais para os diferentes tipos de crime já teve em conta as necessidades da prevenção geral, não estando sujeito a pressões sociais
 - Por sua vez o juiz corre o risco de, tendo em mente o reforço da eficácia do direito e da segurança jurídica da população, ser influenciado, no momento da sentença, pela opinião pública
 - Por conseguinte, a professora concorda mais pela posição de Sousa e Brito, considerando que o Figueiredo Dias incorre em perigo

DETERMINAÇÃO DA MEDIDA DA PENA NO CASO CONCRETO

Trata-se aqui de situar a matéria dos fins das penas no processo do **cálculo da pena** – até se **chegar à sentença**.

Assim se percebe também a relevância prática dos fins das penas. Efetivamente, para além de legitimarem a intervenção penal do Estado, estas têm também um papel ativo no que se refere à determinação da pena no caso concreto. É a sua lógica que está por detrás dos critérios que influem esta decisão.

(A) A AÇÃO É TÍPICA?

Trata-se aqui de efetuar um trabalho de **subsunção** que pretende apurar se existe, no caso sub judice, alguma **ação jurídico-penal relevante**, ou seja, se a conduta do agente e demais circunstâncias **preenchem algum tipo de crime**.

Conclusão visada: Pode o sujeito, à partida, ser **responsabilizado criminalmente**?

(B) ILICITUDE

Trata-se de averiguar se existe alguma **causa de exclusão de ilicitude** *in casu*, tal como, por exemplo, a legítima defesa. [arts 31 a 39]

(C) CULPA

Aprofundada na parte das medidas de segurança

(D) PUNIBILIDADE

Há determinados tipos de crime em que o nosso legislador exige a verificação de **certos elementos extrínsecos à culpa e à ilicitude** para que o facto seja, efetivamente, punível (*suscetível de desencadear a aplicação de uma pena*).

Esta condição refere-se, então, **ao elemento objetivo**, e não subjetivo, da punibilidade.

- **Art 23 n° 1** → só faz sentido punir a tentativa quando ao crime consumado seja aplicável uma pena superior a três anos
- Art 23 n° 2 → tentativa especialmente atenuada remete para o art 73 n° 1

(E) A MOLDURA LEGAL ABSTRATA ainda não está completa tendo em conta apenas estas últimas considerações...

- forma de participação no crime [art 21 a 30]
- agravações legais gerais (caso do agente reincidente, previsto no artigo 76°)
- diminuições legais gerais (se o agente está entre os 16 e os 19 anos, por exemplo). [atenuações]

Assim, chegamos à **moldura legal abstrata** prevista pelo Legislador e tendo por base o explicitamento indicado no nosso Código Penal, e é dentro deste **intervalo de possibilidades** que se deve procurar **a medida concreta da pena**



Que vai ter em conta

Artigo 71°

- Outras considerações inumeradas no n° 2 que para agora não nos interessam (como o grau de ilicitude, o modo de execução, bem jurídico posto em causa, etc..)
 - **Os fins das penas**
- É também nesta fase que o juiz vai decidir, se tiver essa possibilidade, se vai optar ou não por uma **pena alternativa** à privação da liberdade [**art 70°** - desde que esta realize de forma adequada e suficiente as finalidades da punição]
- Conversão da pena de prisão para multa [art 45°]
- Prestação de trabalho a favor da comunidade [art 58]
- Possibilidade de suspensão da pena [art 50 a 57]
- Admoestação [art 60 – se optando por multa, pode o tribunal substituí-la por uma mera repreensão de carácter judicial]
- Liberdade condicional [art 61, n° 2]

Findo este processo longo, tem-se a seguinte **estrutura de sentença**⁹: 3 partes

⁹ Retirado da sebenta do Francisco Reis

1. O **relatório** em que se introduzem todos os elementos objetivos como o nome do ofendido, a descrição do crime, etc.
2. Na parte da **fundamentação**, o juiz descreve a matéria de facto provada e não provada; posteriormente, identificam-se os motivos de facto e de direito que levam a tomar tal decisão. [**art 71, nº 3**]
3. **Dispositivo** em que o juiz, de forma sucinta, declara qual a decisão e o tipo de crime que o agente preenche e qual a pena a aplicar ao arguido.

Exemplos práticos disto tudo

- Acórdão 6 de julho de 2011 do STJ → tentativa de homicídio qualificado

a. moldura legal abstrata

- O artigo 132º, sobre o homicídio qualificado, prevê uma **moldura penal entre 12 a 25 anos** de prisão. Mas isto não basta;
- Por ser uma tentativa, recorremos ao **artigo 23º**. O nº1 diz que só é punível se ao facto consumado corresponder uma pena superior a três anos. É o caso, logo está preenchido o **elemento objetivo de punibilidade**. Passamos para o nº2 que prevê que a tentativa é punível com a pena aplicável ao crime consumado, a prevista no artigo 132º, mas **especialmente atenuada**.
- Assim sendo, vamos **ao artigo 73º** sobre os termos da atenuação especial. O nº1 alíneas a) e b), diz-nos que o limite máximo vai ser reduzido de um terço (limite máximo – 1/3), enquanto que o limite mínimo vai ser reduzido a um quinto (limite mínimo x 1/5)
- de acordo com estas regras ficamos com uma pena **mínima de 2 anos e 4 meses, 24 dias**, e uma pena **máxima de 16 anos e 8 meses**.

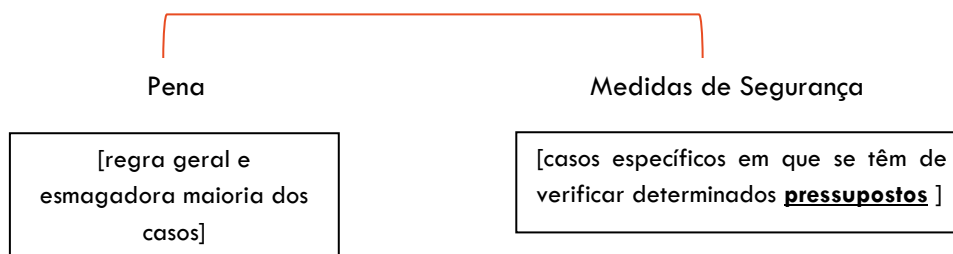
b. medida concreta da pena

- Critérios legais relacionados com os fins das penas: recorre-se ao **artigo 40º** e **artigo 71º** [Nunca esquecendo a obrigação de fundamentação por parte do juiz, conforme ao disposto no art 71º/3]
- Mais ainda, tendo em conta que o pedido do reccorrente consistia na mudança da classificação do crime e, em caso negativo, na redução da medida da pena, tornando-a **suspensa**, torna-se essencial discutir a finalidade da aplicação da mesma
- O juiz recorreu a critérios de **prevenção geral** e critérios de **prevenção especial**, defendendo que, nos termos do **artigo 50º**, não há qualquer vantagem em não apostar na **ressocialização do agente** (é considerada a solução mais benéfica)
- O limite máximo da pena é fixado de acordo com a culpa do agente; fixamos o limite mínimo de acordo com as exigências de prevenção geral
- alicerça-se ainda, nesta linha de argumentação, **no princípio da humanidade das penas**

AS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Já vimos que dentro das penas existe alguma variedade, na medida em que nem tudo se resume à pena privativa da liberdade do agente (pena de prisão), pelo que o nosso OJ prevê outras soluções alternativas.

Mas mesmo a nível das **consequências jurídicas** admitidas pelo direito penal português, existem dois tipos de **sanções jurídico-criminais**:



1. São assim **FUNDAMENTOS** da aplicação de uma MS criminal

- A prática de um **facto típico ilícito** por parte do agente → comportamento que preenche um tipo específico previsto no Código Penal ¹⁰



Mas

Não constitui um crime, pois, na realidade,

O agente que o praticou é imputável!



Quer isto dizer que, aos olhos do Direito, é considerado **incapaz de culpa**

Não só não preenche um dos requisitos da definição de crime, como também, tendo em conta o **princípio fundamental da culpa em DP**, não lhe pode ser aplicada uma pena (nullum crimen sine culpa, nulla poena sine culpa ¹¹)

- Mas o que é a culpa?
 - A culpa é um juízo de desvalor que resulta da relação do indivíduo com o direito, avaliando essa mesma relação
 - Havendo culpa, trata-se de um juízo de censura que se dirige ao agente pelo facto de, tendo esta liberdade e capacidade para se determinar e motivar pelo Direito, não o ter feito
- Então em que situações é que o sujeito implicado pode não ser considerado imputável?

A imputabilidade prende-se com duas dimensões:

- ✓ Incapacidade de compreensão → não reunir as ferramentas necessárias para entender o Direito, logo não tendo condições para perceber se está a praticar um ato ilícito ou não;

¹⁰ Acrescente-se aqui especialmente grave, em nome do abalo social que tal facto provocou na comunidade

¹¹ Não há crime sem culpa; sem culpa, não há pena

- ✓ Incapacidade dedutiva ou volitiva → não ter capacidade para se determinar face ao Direito
- Daqui decorre que a medida de segurança pode ser aplicada...
 - Em razão da **idade**
 - Artigo 19º** - legislador presume que, até aos 16 anos, o indivíduo não tem capacidade de compreensão ou volitiva¹²
 - ↳ As medidas de segurança (também denominadas de medidas tutelares) aplicáveis a inimputáveis por força da idade estão reguladas na Lei Tutelar Educativa
 - ↳ Só se pode ser responsabilizado criminalmente em Portugal a partir dos 16, mas, com base neste mesmo artigo, sempre que o menor tiver 16 anos, deve complementar-se a pena como uma medida de execução tutelar educativa¹³
 - Devido a uma **anomalia física ou psíquica**
 - Artigo 20º** - fala-nos exatamente dessa incapacidade de avaliar a ilicitude da ação, conjuntamente com a impossibilidade de se determinar face a essa mesma análise
 - ↳ As MS's aplicáveis a esta categoria de casos estão consagradas, por sua vez, no Capítulo VII do Título III da Parte Geral do CP
- A **perigosidade** do agente, apoiada no **fundado receio** de que este volte a praticar ilícitos no futuro, tendo em conta essa sua falta de compreensão/capacidade volitiva



O juízo do grau de perigosidade corresponde a um **juízo de prognóstico**, na medida em que reflete a **probabilidade** de uma conduta futura semelhante ocorrer por parte do delinquente

2. Quais são então as **FINALIDADES** prosseguidas pelas MS → objetivos visados

A maioria da doutrina destaca como fim primordial a **prevenção especial** (prevenir o perigo de cometimento de futuros ilícitos por parte daquele sujeito), o que se alinha com a perigosidade manifestada.

No contexto deste fim das penas, agora trasladado para a realidade das Ms's, tem-se como prioridade na sua aplicação garantir a **ressocialização do agente**.

Como?

- ✓ Anomalia psíquica → internamento hospitalar (arts 91 a 99º)

¹² Recordar que, para além deste aspeto, dos 16 aos 19 anos a pena é especialmente atenuada

¹³ Isto pode suceder, em certos casos, até aos 21 anos, desde que não incompatível com a personalidade do agente e tendo sempre em mente o principal objetivo da socialização do mesmo

✓ Idade → Reclusão em locais de reeducação

Por conseguinte, as finalidades da **prevenção geral** são um mero **fim reflexo ou secundário**. Neste âmbito, privilegia-se dois aspetos:

- Prevenir a prática de crimes por parte da sociedade como um todo, reafirmando a confiança da sociedade nas normas violadas
- Pacificação social e sentimento de segurança aliado ao reforço da ideia de que que, sempre que bens jurídicos são afetados, o Estado reage

→ **Figueiredo Dias** discorda, uma vez que entende esta dimensão da prevenção geral como uma **finalidade autónoma**

Se as MS's têm como pressuposto a perigosidade do agente, então estará sempre em causa a **proteção de bens jurídicos**

O **artigo 91º nº 2** reforça esta posição, pois em "proteção da ordem jurídica e paz social"¹⁴

Conclusões a retirar:

- A **legitimidade** da aplicação de medidas de segurança vem exatamente do que se visa alcançar: a **defesa de bens jurídicos fundamentais**, necessário e alinhado com os princípios constitucionais do nosso OJ

Isto como corolário de a MS adquirir fins de **prevenção geral** e de **prevenção especial**

- Sendo a finalidade da medida de segurança semelhante à da pena, podemos dizer que a norma que prevê uma medida de segurança é ainda **uma norma penal**

3. **REGIME** em vigor e **EXECUÇÃO** das medidas de segurança

Artigo 92º CP – relativo à **duração** do internamento

Esta é determinada com base em dois critérios:

- Perigosidade do agente
- Gravidade do tipo do ilícito praticado

¹⁴ No sentido em que se os fins da prevenção geral positiva o permitirem, o internamento pode ter uma duração inferior a 3 anos

- N° 1 do artigo 92°

A duração do internamento deve ser **proporcional à perigosidade** manifestada e deve **cessar** logo que a mesma termine

- N° 2 do artigo 92°

A moldura temporal a considerar deve ser equivalente à prevista para o tipo de crime correspondente (**não pode exceder o limite máximo estipulado para o crime**)

- N° 3 do artigo 92°

Constitui uma **exceção** à regra anterior

O internamento pode **ser prorrogado por períodos sucessivos de 2 anos** pelo tribunal até se verificar a cessação da perigosidade criminal, mesmo tendo já sido ultrapassado esse limite máximo estatuído no código Penal.

Clivagens doutrinárias na interpretação deste preceito:

- a) Uma parte da doutrina defende que esta possibilidade deve **abranger todos os casos** fora aqueles mencionados pelo artigo ¹⁵, na condição de a perigosidade ser **manifestamente contínua**
- b) Outra facção doutrinária considera o mesmo **inconstitucional**, por violar, entre outros postulados, o artigo 32° da CRP e o limite de 25 anos de pena máxima (neste caso, medida de segurança) previstos constitucionalmente.
 - Prof Silva Dias e Maria João Antunes – a interpretação anterior foge demasiado à ratio legis do artigo como um todo, bem como aos valores constitucionais do nosso OJ → O limite da duração da sanção criminal a um inimputável é o estabelecido pela moldura legal respetiva, **não pode ir para além disso**
 - Prof Taipa de Carvalho – esta interpretação não tem qualquer fundamento e é inadmissível na medida em que abriria espaço para **medidas de segurança perpétuas** (prerrogadas ad eternum)



A solução será, então, nestes casos em que o agente **continua a ser um perigo manifesto** para si mesmo e para a sociedade, a aplicação de uma outra Lei, já de **caráter administrativo**: a **Lei da Saúde Mental**

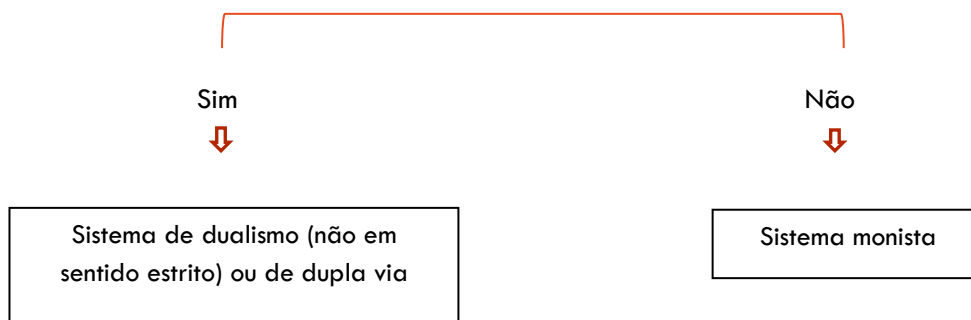
- Prevê a hipótese de internamento compulsivo (após a avaliação de pelo menos 2 psiquiatras e não com base apenas na decisão do juiz)
- Com isto a CRP e respetivas normas/princípios não seriam desrespeitados/violados, até porque **a via adotada não seria a penal**

¹⁵ se o facto praticado pelo inimputável corresponder a crime punível com pena superior a 8 anos + o perigo de novos factos da mesma espécie for de tal modo grave que desaconselhe a libertação

4. SISTEMA DUALISTA português

O sistema de sanções jurídico-criminais do direito penal português assenta, como já se disse, em dois polos, consoante o agente aja com culpa ou sem culpa (vicariato).

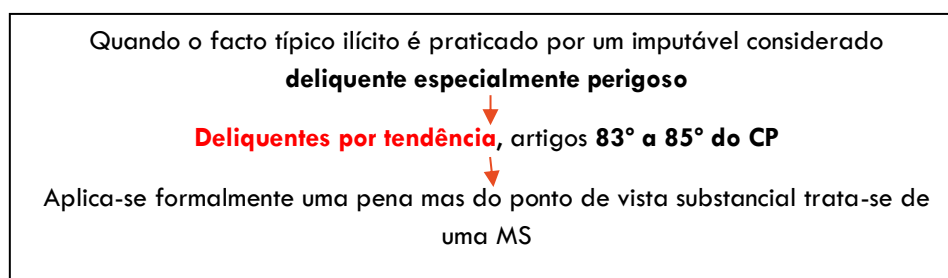
A questão que se coloca aqui (diferente) é saber se, à luz do nosso OJ, é possível **a aplicação cumulativa de uma pena + MS, pelo mesmo facto e ao mesmo agente?**



- Prof. Figueiredo Dias

Defende que o sistema português é **tendencialmente monista** → não poderia ser de outra forma, visto que **tal poria em causa o princípio da culpa**

MAS, há um caso em que a **aplicação simultânea de uma pena e de uma medida de segurança (exceção)** é admissível e até eficiente e racional de um ponto de vista político criminal:



↓
Sistema de **Vicariato** na Execução das Sanções

- Só nesta situação haverá sobreposição da MS e da Pena (artigo 83º, nº 2); como aplicar corretamente?

i. Em primeiro lugar será aplicada a medida de segurança, visto que esta é mais centrada na socialização do agente (efeitos benéficos/positivos esperam-se)

ii. Se a aplicação da medida de segurança for bem-sucedida, ou seja, o agente diminuir em perigosidade, a pena de prisão poderá ser reduzida. – é descontado esse tempo na pena material

→ A esta solução mista ou híbrida o legislador chama de pena relativamente indeterminada:

Terá como limite mínimo o correspondente a 2/3 da pena que concretamente caberia ao crime cometido e o limite máximo corresponde ao limite máximo desta pena, acrescido de 6,

4 ou 2 anos (conforme os artigos 83 a 90 do CP) → É durante a execução que se determina quanto tempo mais o agente está sujeito a penas

IV. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL

Diferença entre os princípios e as normas penais – os primeiros são dotados de um **elevado grau de generalidade** e abstração relativamente aos segundos;

Estabelecem **metas e valores fundamentais** em que assenta o sistema jurídico, neste caso o penal, pelo que vigora entre estes uma **relação de ponderação** (nenhum cede totalmente em caso de conflito direto).

Vamos estudar, portanto, os princípios que estão **na base das normas penais** e que coordenam/orientam/**guiam a sua aplicação**, a maioria dos quais tem, até, **consagração constitucional**, dada a sua importância no Ordenamento Jurídico como um todo.

São os **Princípios de Garantia com Incidência Penal**.

PRINCÍPIO DA CULPA

(A) O que é a culpa?

A culpa é a característica do crime que se analisa logo após o requisito da ilicitude. Deste modo, importa distinguir os dois conceitos:

- Juízo de ilicitude – Incide sobre o comportamento em si, a ação; é um juízo de desvalor da conduta que reflete a sua contrariedade à Lei
- Juízo de Culpa – o objeto é sim o agente, avaliando-se aqui a sua relação subjetiva com o direito.

↳ Por outras palavras, ao dizer-se que a ação é culposa transmite-se um juízo de censura, responsabilizando o agente por, tendo a capacidade/possibilidade de se motivar/obedecer ao Direito, não o ter feito

Existem **causas de exclusão de culpa** (fora a questão da inimputabilidade), sendo que o mais relevante de todos é o **Estado de Necessidade** desculpante.

E.g. académico -- tábua de Carniage. Duas pessoas numa tábua em alto mar, só uma pode sobreviver. A pessoa que empurrar a outra, atua em causa de exclusão da culpa

NOTA: o desconhecimento da lei não vale a este respeito (art 6 CC)

(B) Quais as implicações do Princípio da Culpa

O princípio da culpa é talvez o mais importante do direito penal, pelas seguintes razões:

- **A medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa**
Pode ser inferior mas nunca superior (sendo que nem toda a culpa precisa de ser punida?)
- **Não há pena sem culpa**
Daí a questão dos inimputáveis/Medidas de segurança
- Em sentido amplo, a culpa refere-se também à **ligação subjetiva entre o agente e o facto** (já não o Direito) – assim sendo, para que a ação seja jurídico-penalmente relevante é preciso demonstrar que a **ação era controlável pelo sujeito**, que este tinha poder de controlo sobre a mesma;



Em Direito Penal **não existe responsabilidade objetiva**, pelo que não se pune o sujeito caso não se verifique esta dimensão da culpa¹⁶

E.g. o sonâmbulo não é considerado inimputável, mas é incapaz de ação

(C) Base Legal do Princípio da Culpa

Não existe nenhum artigo da Lei Fundamental que o designe expressamente. Pelo contrário, este é **deduzível** de vários preceitos fundamentais da nossa Ordem Jurídica, tais como:

❖ Princípio da **Dignidade da Pessoa Humana** (art. 1)

- Daqui se retira a ideia de que só é possível respeitar este valor cimeiro do OJ se apenas **responsabilizarmos criminalmente** a pessoa pelos atos que esta tenha praticado dentro dos **limites da sua liberdade e autonomia**



Se não havia qualquer possibilidade para o agente de evitar a conduta ilícita, não há culpa;
Não havendo culpa, não há crime nem pena;

- Por outro lado, este princípio da DH também se afirma na medida em que a pessoa só pode ser **juogada segundo a sua culpa**, e não segundo o seu risco ou utilidade para os outros

❖ **Artigo 27º** CRP

- Indiretamente, o princípio da culpa também decorre do **direito à liberdade e autodeterminação** pessoal – **Só se atua com culpa porque se é livre**

- A culpa pressupõe não só a liberdade de atuação como também a liberdade de determinação face ao Direito

¹⁶ ação não é relevante para o Direito Penal, logo, não há crime

PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS

(A) Resulta, mais uma vez, do **princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Significa isto que todas **as penas que a ofendam são proibidas** [recordar o que é a DPH]

(B) Está também relacionado com o **Princípio da Necessidade da Pena**

→ As penas desumanas não são necessárias, sendo que até são claramente **prejudiciais** no que respeita aos fins da prevenção geral

Isto porque envia a **mensagem contraditória** aos cidadãos de que, em certas situações, é aceitável ou justificável afetar/sacrificar determinados bens jurídicos, nomeadamente a integridade física/moral da Pessoa Humana

(C) **Base Legal Constitucional**¹⁷

Retira-se de:

- **Art 24º nº 2** – um indivíduo não pode ser instrumentalizada para satisfazer interesses gerais (opinião pública) + pena de morte põe em causa o valor da vida
- **Art 25º** -- sinteticamente, diz que a integridade física e moral é inviolável, proibindo a tortura e penas cruéis.

PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL

Também chamado de **princípio da necessidade da pena**/medida de segurança

- Já foi dissecado ao longo dos últimos tópicos, mas para recapitular é possível encontrá-lo no **artigo 18º** da CRP

↪ O Estado só apenas pode limitar direitos fundamentais quando tal for indispensável para assegurar a defesa de bens jurídicos fundamentais e dessa forma contribuir para a segurança e paz social

↓
Direito Penal como último Recurso

- A **apreciação da necessidade** da pena é feita de duas formas:

- ✓ Exclusão de partes [Significa que se se provar que outros meios de controlo social bastam para prevenir e garantir a proteção daqueles bens, não se deve recorrer à sanção penal]
- ✓ Eficácia da mesma

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Relacionado com este último, quase como um subprincípio. Abrange a **proibição do excesso** – necessidade da intervenção do Direito Penal

¹⁷ Este princípio encontra ainda fundamento na ideia de responsabilidade social pela delinquência e disposição de respeitar e recuperar a pessoa do delinquente

PRINCÍPIO DA IGUALDADE

- **Artigo 13º da CRP**, manifesta-se neste ramo do Direito em duas vertentes:
 - Não pode haver uma discriminação das pessoas sujeitas ao direito penal em função do seu sexo, raça, ascendência ou nenhum outro fator
 - Os **critérios a utilizar na determinação da medida da pena** devem ser iguais para todos os indivíduos – igualdade na aplicação da pena
- Foi com base neste princípio que em 2003 desapareceram do código de justiça militar as normas que estabeleciam penas diferentes para os militares que cometessem crimes comuns ao nosso código penal.

PRINCÍPIO DA JURISDICIONALIDADE

- Entramos agora no subgrupo dos **princípios da aplicação da Lei Penal**, já não tanto relacionado com o conteúdo das normas em si e deste ramo do Direito, mas sim como este é aplicado
- A determinação da responsabilidade criminal de uma pessoa só pode ser feita judicialmente¹⁸



o direito penal só se pode aplicar através do processo penal, respeitando todos os princípios constitucionais concernentes ao mesmo

- Não é possível, por exemplo, recorrer a tribunais arbitrais ou à mediação (resolução alternativa de litígios); tem sempre de passar pelos Tribunais

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

1. **O que é**

O princípio da legalidade, que se encontra consagrado nos **artigos 3º e 4º da CRP** e **artigos 1º e 2º do CP**, é um dos mais complexos e relevantes no contexto das **especificidades do Direito Penal** e respetivas normas.

A sua **formulação geral** consiste no seguinte preceito:

Nullum crimen, nulla poena sine lege

Esta definição é, evidentemente, extremamente ampla, pelo que carece de ser **complementada** com as nuances introduzidas pelos **subprincípios** em que o princípio da legalidade se decompõe



Estes podem ser retirados do articulado que resulta dos artigos mencionados em cima (+ repetição destes postulados pelo art. 29 CRP)

¹⁸ Cf. os artigos 29 e 32 da CRP e 8 do CPP

Não há crime, nem pena, sem Lei...

Prévia → Aplicação da lei penal no tempo

Escrita¹⁹ → Teoria Geral das Fontes de Direito Penal

Certa → Princípio da tipicidade

Estrita → Como se processa a interpretação e integração da Lei Penal

Antes, ainda, de passar a estes subprincípios, há que explorar outros **elementos base** do princípio que desenvolvem esta breve **noção inicial**, apresentada pela primeira vez por **Feurbach** em **1801**.

- **Fim** (deste princípio)
 - A sua função primordial é **proteger** os direitos individuais do cidadão face a um possível poder arbitrário do Estado
- ↓
- É uma **garantia** desses mesmos direitos e liberdades fundamentais, na medida em que:
 - ✓ Levanta **limites** rígidos à intervenção jurídico-penal estadual, evitando excessos na mesma
 - ✓ Assegura que o cidadão **nunca poderá ser surpreendido** com a criminalização de condutas com as quais não contava [aqui já remetendo para o conteúdo do próprio princípio]
 - É por estas razões que se pode afirmar que princípio da legalidade se dirige tanto aos tribunais (e demais intérpretes/quem aplique a Lei), **mas também ao próprio legislador** (necessidade de criar **segurança jurídica**, mais do que uma mera proteção, na prática, das penas)



Daqui decorre simultaneamente

- **Âmbito de aplicação**

O princípio da legalidade apenas se aplica a
normas penais positivas

- O que são **normas penais positivas**?
 - As que **fundamentam** a aplicação de penas ou medidas de segurança
 - As que **agravam** a responsabilidade criminal do agente

¹⁹ No sentido de formal

[geralmente correspondem às normas que tipificam crimes, tal como o artigo 131º do CP)

- O que são **normas penais negativas**?

São as chamadas normas atenuantes (mal), uma vez que

- Afastam a responsabilidade criminal do agente -- preveem **causas de exclusão da ilicitude**
- Diminuem a extensão da responsabilidade criminal do agente -- preveem meras **circunstâncias atenuantes**



Porquê esta distinção quanto ao âmbito de aplicação?

Porque o **Poder punitivo do Estado só intervém nas primeiras**, visto que o próprio intuito das normas penais negativas prende-se com a sua exclusão



As np negativas já cumprem, por si só, o propósito do princípio da legalidade: salvaguardar os direitos individuais face a um possível e eventual abuso estadual, tornando-se desnecessária a aplicação do PL



É por esta razão que o professor Figueiredo Dias nos diz que se o princípio da legalidade atuasse sobre a matéria de exclusão ou atenuação da responsabilidade estaria a funcionar contra o seu fim e contra a sua teleologia.

PROBLEMA [normas penais negativas] → **Legítima defesa preventiva**

O **artigo 31º** no seu nº 2 lista algumas **causas de exclusão de ilicitude**. Contudo, tal como indica o seu nº 1, “O facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade” -- por outras palavras, admite-se a existência causas de exclusão de ilicitude **supralegais**.

É o caso da legítima defesa preventiva – não se enquadra no artigo 32º pois não se configura como a resposta a uma **agressão atual**, mas antes como um ato **prévio à consumação da agressão** (agente tem a perfeita e acertada noção de que é a única forma de proteger o bem jurídico fundamental em causa)

- Há partida, o reconhecimento da existência/admissibilidade destas causas não expressas diretamente na Lei seria pacífico



O princípio da legalidade só se aplica às normais penais positivas. Sendo esta figura uma criação não positivada que exclui a responsabilidade criminal do agente, não lhe seria aplicado o princípio (não carece de Lei formal, certa, prévia ou estrita)



Porém

Considerando o exemplo académico,

Uma pessoa, A, está presa a uma cadeira e virada para a janela com vista para a rua, tendo acesso a uma arma. A vê que está a chegar um homem (B) que tem intenção de disparar sobre ele. Nesta altura, A decide disparar sobre B. Neste contexto, sabendo que A seria morto por B, exclui-se a ilicitude, via legítima defesa preventiva.

- ▶ Ao dar relevância a esta causa de justificação supralegal, não se aplicando o princípio da legalidade, faz-se com que **o direito do outro de se defender contra uma agressão deixe de existir**²⁰.

O que é que a doutrina nos diz

- ✓ Fernanda Palma e Bárbara Sousa Brito
 - O âmbito de aplicação do princípio da legalidade não é tão simples/linear assim, e deve-se privilegiar uma **análise casuística** da situação concreta, quando se trata de **normas penais negativas**

- Deve distinguir-se, então, os dois subtipos destas normas:

- Npn que preveem circunstâncias atenuantes

Não há dúvidas de que **não se lhes aplica o princípio da legalidade**, dado que

- prosseguem por si só o fim da princípio da legalidade ➔ ao
- Não interferirem com os direitos individuais de outros cidadãos, nem com a sua segurança jurídica

- Npn que excluem a responsabilidade criminal (ilicitude)

Ter em conta os **efeitos colaterais** que a não aplicação do princípio da legalidade pode ter – afeta os direitos individuais da contraparte? Com as expectativas jurídicas legítimas?

Se sim, **vai contra o fim teleológico do princípio da legalidade**, o que não é admissível visto o carácter fundamental e basilar deste último no seio do Direito penal

Conclusão: o princípio da legalidade tem de ser aplicado sempre que a sua não aplicação fundamentar ou agravar a responsabilidade, mesmo que estejamos perante normas penais negativas²¹

➤ **Fundamento**

Tendo em conta a função/finalidades que este princípio visa alcançar, resta-nos explorar a **origem** deste mesmo princípio, para finalizar estas noções introdutórias.

O princípio da legalidade enquadra-se no Princípio (ainda mais geral e supremo no nosso OJ) do **Estado de Direito**. Sendo uma **consequência direta** deste último, serve também como direito, liberdade e garantia fundamental dos cidadãos (**integra-se neste conjunto**).

²⁰ Pois não é possível ter-se uma legítima defesa contra outra legítima defesa

²¹ Cuidado com isto: isto vale (especialmente) para o caso da legítima defesa preventiva dado ter um carácter superlegal da mesma (mas é consensual, na perspetiva da professora, que esta figura seja aceite)

Numa perspetiva histórica, Estado de Direito:

❖ Em **sentido formal**

- Ligado a Montesquieu e à tradição democrática da separação de poderes
- A Lei como expressão da vontade geral, é soberana e impõe-se ao próprio Estado
 - ↳ Toda a atividade do Estado está regulada pela lei, este subordina-se ao Direito que ele próprio cria



- Relaciona-se com o Princípio da Legalidade no âmbito do DP, nas seguintes questões:

- **Subprincípio da Tipicidade** (juíz ou outro qualquer intérprete/aplicador não pode inventar crimes à toa, tem de preencher todos os requisitos exigidos pela Lei)
- Isto leva-nos para as questões de o que pode ser **fonte de Direito Penal** – é o poder legislativo que cria as normas penais

❖ Em **sentido material**

- Advém das teorias de Locke, Estado subordina-se a um **ideal de justiça**, que se prende, mais especificamente, com os Direitos Fundamentais dos cidadãos



- Daí a própria função deste princípio : possibilitar a **defesa dos direitos, garantias e liberdades**.



○ **Professor Figueiredo Dias** acrescenta que o princípio da legalidade está ainda interrelacionado com duas ideias que funcionam como **fundamentos internos** do mesmo:

✚ **Prevenção geral** → Só será viável a prevenção quer positiva quer negativa da prática de crimes, caso a população souber quais as condutas que são consideradas como criminosas [para isso, é necessário a criação de leis certas, estritas, formais e prévias]

✚ **Princípio da Culpa** → não tem cabimento efetuar-se um juízo de censura se o Direito não lhe for dado a conhecer (de forma certa, formal, estrita e prévia)

2. **Lei Formal**/escrita → Quais são as fontes de Direito Penal?

Não há crime nem pena sem **Lei formal**

Nem todos os tipos de lei (em sentido amplo) podem ser fonte de Direito Penal, ou, por conseguinte, configurarem-se como normas penais.

Artigo 165º nº 1 da CRP → **Reserva de Lei parlamentar** no que respeita à definição de crimes, penas, medidas de segurança e respetivos procedimentos²²



- Lei da Assembleia da República
- Decreto-Lei do Governo autorizado pela AR

Fora isto, **nada pode ser considerado Fonte de Direito Penal**

Exceto...

→ Problema do **Costume Internacional**

- À luz do disposto no **artigo 8º da CRP**, o ordenamento jurídico português recebe automaticamente o **direito comum/geral internacional**

- Ademais, o artigo **29º nº 2 da CRP** reforça esta ideia, ao estatuir que uma convicção generalizada na comunidade internacional que determina que certa conduta deve ser criminalizada universalmente é suficiente para que esse costume integre a nossa Ordem Jurídica.

*Nem todos os autores concordam*²³

- Por um lado, considera-se que o costume internacional deve ser a única exceção face à reserva de Lei parlamentar tendo em conta os episódios de **genocídio** ocorridos ao longo do **século XX**



A ideia que perspassa aqui é a de que a segurança que advém pelo respeito de valores humanitários fundamentais deve prevalecer sobre a mera segurança formal

- Uma parte da doutrina tende a aceitar dificilmente estes argumentos, estabelecendo, então, que o costume internacional não deve ultrapassar os limites estabelecidos pela Lei nacional (? Não sei se apanhei isto bem)

- Releva, para este efeito, o seguinte aspeto: o costume internacional **não reflete o alcance da pena**. Quer isto dizer que apenas compreende qual o comportamento que deve ser criminalizado



- ✓ É necessário, neste caso, recorrer à lei estadual interna, buscando no seu espírito e conteúdo a pena a aplicar, e respetiva medida concreta

OU

- ✓ Avança se para o Tribunal internacional Penal

²² Acórdão 173/85 do TC - A previsão do artigo 165/1/c) da CRP deve ser interpretada no sentido de abranger tanto a função de criminalização e **descriminalização** (causas de exclusão de ilicitude, por exemplo, também se resumem a estas fontes possíveis)

²³ Hoje em dia já não é um grande problema pois temos assistido à cristalização destes costumes internacionais em múltiplas convenções assinadas por vários Estados, já não sendo necessário considerá-las crime por costume internacional

- ↳ Apto para resolver estas situações + aplicar a Lei Penal Internacional em sentido estrito (disposições constantes em tratados e convenções às quais o Estado em questão tenha aderido)

A sua intervenção está, todavia, condicionada e sujeita ao devido respeito por **2 princípios** importantíssimos, que resultam do **Estatuto de Roma**:

➤ **Vinculação Voluntária**

A sua jurisdição não será, em caso algum, imposta aos Estados – apenas os que se tenham tornado partes no Estatuto

➤ **Subsidiariedade**

Em todo o caso, só poderá efetivamente exercer o seu poder judicial se os Estados não tiverem competência para conhecer o facto, não o conhecerem ou não o puderem fazer (se não o tiverem, legitimamente, julgado)

Nota: e o **Costume Nacional**?

Só deverá ser tido em conta na hipótese de ser **mais favorável ao agente** (limitar o âmbito de aplicação de normas penais positivas ou excluir/diminuir responsabilidade criminal)

- ↳ Nunca se resultar na fundamentação ou agravamento da pena/criminalização de uma certa conduta

Isto exatamente para **não contrariar o princípio da legalidade** – que existe, mais uma vez, para a salvaguarda de direitos fundamentais e para evitar surpresas (segurança jurídica)

3. **Lei certa** → Subprincípio da Tipicidade

Não há crime, nem pena, sem **lei certa**

- Decorre da noção e função do Princípio da Legalidade que para se punir um comportamento humano é necessário fazê-lo corresponder, ponto por ponto, à previsão de uma norma penal (formal)
- Tem de ser possível afirmar que aquela conduta é típica, ou seja, que está em conformidade com a previsão do tipo legal de crime em questão
- Daí que a tarefa do intérprete seja subsumir/integrar a conduta num concreto tipo legal de crime

↓ Se isto então...

Não interessa somente se a Lei é formal mas simultaneamente o **grau de definição** da conduta/crime, das penas, e da conexão entre ambos (tarefa para o legislador)

Por outras palavras, a **exigência** do subprincípio da tipicidade traduz-se na obrigatoriedade de a norma penal **delimitar de forma minuciosa os pressupostos/requisitos** do tipo legal de crime + de aplicação da pena, bem como o que os interliga.

- Circunstâncias que compõem o crime
- = = a pena
- = que estabelecem a conexão entre ambas

NUANCES

➤ A utilização por parte do legislador de **conceitos indeterminados**

- Este subprincípio **não o impede**; parte dos conceitos utilizados na definição do tipo legal de crime podem ser vagos ou imprecisos (carecem de densificação prática, que geralmente lhes é dada pela jurisprudência + doutrina)

- O essencial é que tem de estar na previsão da norma, isto é, é fulcral que um qualquer intérprete consiga daí retirar qual a conduta que é, de facto, criminalizada (é na mesma especificada)

Exemplos

- “veneno”, nos termos do artigo 132/i) - se A administrar 500 comprimidos Brufen a B, preenche claramente o tipo da norma em causa
- artigo 132º nº2 alínea e) - “qualquer motivo torpe e fútil” - o que compõe a a conduta típica criminosa a ser punida não deixa de estar clarificado pelo artigo

➤ As chamadas **normas penais em branco**

Aqui é importante distinguir entre

- ❖ Lei penal **relativamente em branco** → **Não viola** o princípio da tipicidade
 - Tratam-se de normas cujos suposto facto se configura por remissão a normas de carácter não penal, dada a **tecnicidade dos conceitos** envolvidos (relaciona-se com outras áreas do saber ou do Direito)
 - Legislador remete a definição dos pressupostos de determinadas condutas criminosas para outras disposições legislativas **MAS não deixa de determinar os elementos de factos que são puníveis**
 - É inclusivamente **desejável**, nestes casos, esta remissão, na medida em que, por estar em causa DLG's, e por a matéria em causa estar já **fora do domínio do DP** dada a sua especificidade, seja o ramo mais competente para tal a concretizar em pormenor estes requisitos
- ❖ Lei penal absolutamente em branco → violação do princípio da tipicidade (e inconstitucionais)

Princípio da **determinação das normas penais incriminadoras**

✓ **para ser crime, a conduta tem de caber na previsão de uma norma que seja suficientemente precisa.**

[à qual corresponda uma ação objetivamente determinável]

✓ Para se ser punido, a pena aplicável (moldura legal) tem também de se caracterizar pela

É inadmissível que os pressupostos estejam integralmente ontidos noutra norma que não de caráter penal (na sua totalidade)

Ver Ac. 115/2008

artigo 278º sobre os danos contra a natureza. A explicitação técnica dos conceitos nele presentes está noutras normas, que não são de natureza penal. Levantou-se a questão de saber se estas normas não violam o princípio da legalidade, sendo que até o próprio Tribunal Constitucional levantou esta questão:

uma norma penal em branco só viola o Princípio da Tipicidade se a remissão que fizer dificultar o entendimento da conduta descrita. Nos demais casos, em que a remissão **esclarece e concretiza a conduta punível**, então elas serão constitucionais, não violando o princípio

4. **Lei Estrita** → Intregração de Lacunas e intrepretação de leis penais

Não há crime nem pena sem **lei estrita**

(A) **Princípio da proibição da analogia**

O que é uma **lacuna**? → um vazio jurídico; uma situação da vida não regulada pela Lei

O que é a analogia → a solução para preencher este mesmo vazio

Recorre-se ao processo de analogia para a **integração de lacunas**, que consiste na aplicação da estatuição de uma norma cujos pressupostos de facto se caracterizam por uma **semelhança substancial** face ao caso concreto não previsto.

Artigo 29º nº 1 e 3 CRP + Artigo 1º nº 3 do CP



Não é admissível/permitido aplicar-se uma determinada norma jurídica penal a um caso lacunar com base no método da analogia, se tal resultar no **agravamento ou na fundamentação da responsabilidade criminal** do agente

Significa isto que há uma distinção entre:

Analogias bonam partem

Analogias malem partem

Estando em causa a exclusão ou concretização de **atenuantes** à responsabilidade criminal (a favor do réu) é **possível** recorrer-se à **analogia**

São **contra o réu** -- a sua admissibilidade seria contrária ao **princípio da legalidade**, considerando o seu fim/função

Por duas razões:

ATENÇÃO!

Esta proibição geral de analogias malem partem **não preclde a realização de raciocínios analógicos**, mesmo que **prejudiciais** para o réu !!!



Por outras palavras

- Indivíduos seriam **punidos por algo que não poderiam prever**, dado a conduta não estar devidamente consagrada na lei (relaciona-se com o princípio da tipicidade – evitar surpresas, proteger direitos, evitar abusos do poder punitivo)
- se fosse possível a analogia, caberia ao poder judicial, nestes casos, criar a lei, violando o princípio de que não há crime nem lei sem lei formal. [acho duvidoso]

Muitas vezes, é absolutamente necessário proceder a um exercício argumentativo analógico de forma a **preencher-se conceitos indeterminados**, indispensáveis para a **aplicação prática** da norma penal em causa.

Mas, nestes casos que **não violam o princípio da proibição da analogia**, trata-se de → Chegar-se aos casos **menos evidentes** através dos **mais evidentes**, estabelecendo esse paralelismo



Estão em causa, no fundo, **casos nucleares** e **casos periféricos**, mas todos **compreendidos no âmbito** da previsão normativa

Não confundir com uma **verdadeira analogia** → não concernente à natureza dos conceitos e respetiva desmistificação/exploração, traduz-se na aplicação de leis penais a situações não previstas, de todo, pelas mesmas (**não integram o seu âmbito**)

Problemática do artigo 132º nº 2

A questão central aqui é: configura este artigo uma **violação do princípio da legalidade**, na sua dimensão da exigência de Lei estrita?

○ Contexto

- O 132º nº 1 tipifica o crime do homicídio qualificado, que se destaca relativamente às outras figuras que lesam o bem “vida” (art. 131) por se caracterizar por uma “especial censurabilidade ou perversidade”, atendendo às respetivas circunstâncias
- O nº 2 do mesmo artigo visa especificar os dois conceitos indeterminados presentes no nº anterior, fornecendo uma lista de condutas que se inserem nesta categoria.
- À partida, e atendendo aos dois últimos princípios estudados²⁴, as alíneas apresentadas corresponderiam a numerus clausus TODAVIA o legislador acrescenta a expressão “entre outras”

É compatível com o Princípio da Legalidade? (vejamos o entendimento da doutrina)

✓ Sim

²⁴ Tipicidade e proibição da analogia

❖ Professor Silva Dias

Figueiredo Dias e a Professora Bárbara de Sousa Brito seguem esta posição

- A aplicação da pena estipulada no n° 1 do artigo a uma conduta criminosa que não se enquadra em nenhuma das alíneas do n° 2 não se afigura como uma afronta ao princípio da legalidade pois

Estas últimas constituem meros **exemplos padrão** – pode aplicar-se este artigo a casos concretos que possuam o mesmo **conteúdo valorativo**, isto é, cujas circunstâncias correspondam à **estrutura de sentido** por elas apresentada (elemento teleológico)

Exemplo : uma pessoa educa outra desde os 2 anos sem nunca a ter adotado. Se aos 17 anos a pessoa educada cometer o homicídio, é lhe aplicável na mesma o artigo 132° n° 2 alínea a)

❖ Outra parte da doutrina/ Outro possível argumento

- Podemos desconsiderar o n° 2 e fundamentar o tipo legal aplicável à conduta criminosa com base no n° 1

- Isto porque, mesmo em situações abrangidas pelas alíneas, o n° 2 nunca se aplica sozinho: em todo caso, é necessário provar que o comportamento que se pretende punir como homicídio qualificado revela “especial censurabilidade ou perversidade”

- Conclui-se, portanto, que o n° 2 é compatível com o PL, uma vez que, para as situações excedentes o n° 1 basta, abrangendo-as com base nos dois requisitos/critérios aí dispostos.

✓ Não

❖ Professor Curado de Neves

- o n° 2 é efetivamente uma **enumeração taxativa** dos comportamentos que cabem no homicídio qualificado

- o n°1 funciona apenas como um elemento negativo, o que significa que se a conduta não revelar especial censurabilidade ou perversidade, o que por sua vez será sinónimo de não estar na lista taxativa do n°2

- ao encaixar-se uma conduta no artigo 132° , tenta-se o fundamento da agravação da responsabilidade do agente (homicídio qualificado corresponde a uma ilicitude agravada) LOGO aplica-se o princípio de proibição de analogia e não é possível, pegando no exemplo anterior, punir o agente com base na alínea a)

Críticas/Falhas

não tem qualquer apoio legal, é completamente contra legem face à expressão “entre outras” da parte final do n°2 do artigo 132°

(B) Intrepretação extensiva em Direito Penal

- **Intrepretação extensiva** → O significado atribuído ao texto da norma jurídica **não está contido na letra da lei** (embora tenha um mínimo de correspondência com o mesmo) mas cabe antes no **espírito da Lei**/pensamento do legislador.
- **Intrepretação declarativa lata** → opta-se pelo **sentido lato da expressão utilizada** e não o estrito²⁵ (quando de facto, esta tem dois)

→ José de Sousa e Brito [Roxin e esmagadora maioria da doutrina]

Intrepretação extensiva **malem partem** não é admissível +
Intrepretação declarativa lata é possível

- ✓ Mais uma vez a lógica aqui é o **respeito pelo PL** e o seu fim – proteção dos cidadãos, não o surpreendendo com condutas com as quais não poderia contar
- ✓ Ênfase, neste caso, no disposto no **artigo 29º nº 3 da CRP** que proíbe categoricamente a aplicação de penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente previstas na Lei

→ Professor Figueiredo Dias [escola de Coimbra]

- ✓ Não interessa saber se a intrepretação é extensiva ou declarativa lata, pois o foco deve ser, à luz do princípio da legalidade, fundamentar e determinar qual é a intrepretação permitida no Direito Penal²⁶

fundar ou agravar a responsabilidade do agente fora do
quadro das significações possíveis das palavras da lei viola o
princípio da legalidade



Intrepretações extensivas **malem partem** são proibidas

→ Professora Teresa Belezza e Professora Conceição Valdágua

- ✓ O mínimo de correspondência verbal ao texto cabe ainda no sentido possível das palavras, isto é, **não há um caminho a percorrer entre estes dois universos**;
- ✓ Por conseguinte, a **intrepretação extensiva é sempre possível**

²⁵ Ao contrário da intrepretação extensiva **não vai buscar nada exterior ao texto**, apenas considera a dimensão mais ampla das palavras apresentadas (e.g. homem em sentido lato inclui homem + mulher)

²⁶ A sebenta da Inês Carreiro diz algo diferente: “considera que a interpretação extensiva é possível, mas só até ao sentido possível das palavras”, logo, no fundo, apenas admite a realização de intrepretações declarativas latas

- ✓ Já nas situações em que o sentido a atribuir à norma cabe no espírito da Lei mas não tem esse mínimo de correspondência requerido, trata-se de uma analogia que, logicamente, viola o princípio da legalidade (se for *malem partem*)

Críticas da Professora Bárbara

- “ter um mínimo de correspondência no texto” e “caber nos sentidos possíveis da palavra” **não são conceitos iguais** e, conseqüentemente, não se devem confundir.
- **Exemplo:** artigo 208 – furto de uso de veículo
 - um triciclo e uma trotinete não cabe no sentido da palavra “veículo”; Não obstante, cabem no espírito da Lei atendendo a *ratio legis* da disposição, e tendo, simultaneamente um mínimo de correspondência verbal (coisa que se move por si só, meio de transporte)
 - 203 – furto; coisa móvel não engloba eletricidade; tem de se recorrer a uma interpretação extensiva exatamente por não se enquadrar no universo que significações possíveis da expressão utilizada

→ Castanheira Neves

Imprevisibilidade

- ✓ É esta a noção que marca a fronteira entre uma interpretação permitida ou proibida (quer seja extensiva, analogia, etc...)
- ✓ Para este autor, sempre que o resultado dessa interpretação salvguarde a **segurança e certeza jurídica do cidadão**, é admissível, **mesmo que não caiba no sentido logicamente possível das palavras da Lei**



Se tal acontecer, é porque recai ainda no **âmbito de proteção da norma**, sendo compatível com os valores do sistema e unidade do Direito definido pelos tribunais

Críticas

- Ignora completamente o **artigo 29º/3** (proíbe aplicação de penas ou MS que não exijam expressamente cominadas em lei anterior), em vez de apresentar uma solução que o contorne ou compatível com o mesmo preceito
- Ao basear-se unicamente no critério da imprevisibilidade faz **tábua rasa do próprio texto** da norma, o que é absurdo/arriscado
- Ao ter em conta o elemento da unidade do direito criado pelos tribunais, aparenta ir contra o **princípio da reserva de Lei parlamentar** (que é um dos corolários do próprio PL)

→ Fernanda Palma

- ✓ Segue a linha de pensamento deste último autor pois também coloca no cerne da questão o **respeito pelas expectativas legítimas dos cidadãos**, que não podem nunca sair lesadas/ofendidas após um processo interpretativo ²⁷
- ✓ Porém, outro dos grandes pilares da sua tese é retirado da própria **racionalidade da proibição das analogias** malem partem (aspeto inovador):

Tem em conta a relevância/importância do texto jurídico
 ↓
 Para não interferir com o propósito da segurança jurídica, nunca se poderá prescindir do **sentido comunicacional perceptível das palavras**

- ✓ Este “sentido comunicacional perceptível das palavras” denota uma vertente essencial:
 O texto jurídico tem um papel central, contudo não nos interessa **um qualquer sentido lógico não sustentável pela linguagem social**
 ↓
- ❖ Não se deve buscar pelo sentido das palavras no dicionário, mas antes o significado que estas adquirem **na linguagem social**, como são compreendidas socialmente
- ❖ O Sentido a dar a esse texto tem de ser determinável **pela linguagem comum** (só assim se assegura a certeza jurídica dos cidadãos)²⁸

V. APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO

Artigos com que vamos trabalhar: Artigos **1, 2 e 3 Código Penal** + Artigo **29 CRP**

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI PENAL

O que acontece em situações em que, após a prática do facto, entra em vigor uma nova Lei que:

- Criminaliza a conduta em questão (anteriormente não constituía crime)
- Prevê uma pena mais pesada/grave, quer seja qualitativamente (grau de ilicitude) quer seja quantitativamente (anos constantes da moldura legal estipulada para a pena)

Não há crime, nem pena sem lei
prévia/anterior [artigo 1º nº 1 do Código Penal]

Mais concretamente, resulta também do estabelecido nos artigos **29º/1, 3 e 4 CRP** e **2º/1** do CP

²⁷ Não importa que tipo de interpretação é, **desde que respeite estes pressupostos**

²⁸ Exemplo: o furto de uso de veículos (208º) não inclui a rulote. Mesmo que na palavra “veículo” existisse a intenção normativa de incluir uma rulote, o sentido social de “veículo” não inclui a rulote.

Este postulado **da irretroatividade da Lei Penal** configura um dos **subprincípios do Princípio da Legalidade**, pois decorre do seu **fim**.

Significa isto que

Deve fazer-se uma **interpretação restritiva** deste princípio geral da **não irretroatividade** de lei Penal: só abrange, mais uma vez, as **normas penais positivas**, que fundamentam ou agravam a responsabilidade do agente

Traduz-se, no fundo, numa **proibição da irretroatividade in malam partem**, que seja **desfavorável** para o criminoso, funcionando **contra o réu**

→ Temos, portanto, aqui presente a **exigência de garantia dos direitos individuais** do cidadão face ao poder punitivo do Estado (segurança jurídica, aliada à função da prevenção geral).

(A) Determinação do MOMENTO DA PRÁTICA do facto -- artigo 3º CP

- Este é o elemento com base no qual se decide pela **anterioridade ou posterioridade da Lei** que veio substituir a anterior, sendo por isso fulcral estabelecer um critério a partir do qual seja possível indicar com precisão **quando se considera o facto praticado**

Momento da prática do facto = Momento da realização da conduta (e não do resultado)

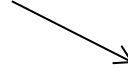
(é isto que nos permite perceber se a lei nova é anterior ou posterior ao mesmo)

- Crimes por ação
- Crimes de resultado -- tratam-se de crimes em que é possível separar espaciotemporalmente a realização da conduta da consumação efetiva do respetivo resultado (e.g. homicídio)
 - De acordo com o disposto no artigo 3º, o momento relevante para efeitos de aplicação da lei penal no tempo, seria o do disparo e não o da morte da vítima
- Crimes formais ou de mera atividade -- a ação coincide temporalmente com o resultado (e.g. violação do domicílio)
- Crimes por omissão
Divide-se também entre
 - De resultado – omissão impura [homicídio qualificado]
 - Considera-se aqui que há um **dever especial de agir**, que justifica que a pessoa seja responsabilizada pela morte desse terceiro (e.g. pai ou nadador salvador, em função da proteção legalmente atribuída e profissão desempenhada, respetivamente)
 - Formal -- omissão pura [basta a omissão em si – art 200]
 - Não é preciso esse mesmo “dever especial de agir”



Diz-nos o mesmo artigo que o momento da prática é o momento em que o agente deveria ter agido (e não o fez)

(B) CRIMES CONTINUADOS vs CRIMES DURADOUROS



Há a repetição da mesma conduta criminosa durante um período de tempo que, em determinadas circunstâncias (as presentes no artigo 30º nº 2) é encarada pela Lei como um único crime

e.g. funcionário de um supermercado que todos os dias tira 5 euros da caixa registadora (são várias ações que recaem sempre no mesmo tipo legal de crime)

Também denominados de **permanentes**, neste tipo de crimes, sucede que a sua execução prolonga-se ininterruptamente no tempo, dada a natureza do ilícito praticado

E.g. sequestro – uma única ação que não é instantânea, mantém-se no tempo

Em ambos os casos temos...

Distribuição da conduta no tempo → o que acontece se uma parte ocorrer no domínio da Lei antiga e outra no domínio da Lei nova?

Como se fixa o momento da prática do facto criminalmente relevante?

Em rigor, o momento da prática abarca todo o tempo que decorre desde a realização do **primeiro facto** até **ao último facto** integrado na continuação

Considera-se, a este nível, **todo o tempo durante o qual é praticado** o ato criminoso



Assim sendo, o momento decisivo para efeitos de aplicação do princípio da irretroatividade é aquele em que **cessa a conduta** → Se a prática **persistir após a modificação da lei**, pode ser aplicada a norma menos favorável, mas tendo apenas em conta o tempo após a entrada em vigor da mesma.

(C) Também se aplica às MEDIDAS DE SEGURANÇA?

O **artigo 1º nº 2** aponta nesse sentido. Todavia, uma parte da **doutrina defende que não** é o caso quando a Lei posterior crie novas medidas de segurança que não existiam.



Isto porque

O fundamento das MS é substancialmente diferente do das penas, alicerçando-se, essencialmente, na perigosidade do agente

→ Não obstante, à luz do nosso OJ e das disposições apresentadas, **a irretroatividade mantém-se**, não esquecendo, aliás, que a proteção dos Direitos Liberdades e Garantias continua a ser uma prioridade, mesmo no que concerne a medidas de segurança

✚ Importa analisar, neste âmbito, a **doutrina diferenciadora** proposta por **Maria João Antunes**

- Se se tratar do **pressuposto de facto** que leva à aplicação da Medida de segurança (isto é, se for esta a alteração introduzida pela nova lei), então vale o **regime vigente no momento da prática do facto**, sendo **proibida a aplicação retroativa** da lei menos favorável/prejudicial

MAS

- Como a medida de segurança tem também **origem no fundado receio** de que o agente venha a praticar outros factos típicos ilícitos, admite-se que **a Medida de Segurança concreta** a aplicar (consequência jurídica pela prática do facto) seja determinada à luz do que **vigora no momento da decisão judicial**, mesmo que o regime afastado pela nova lei fosse mais favorável ao agente inimputável



No fundo, diferencia-se o aplicável à previsão e à estatuição da Medida de Segurança: o segundo caso não é abrangido pelo princípio da não retroatividade, segundo esta autora.

PRINCÍPIO DA APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI PENAL MAIS FAVORÁVEL AO AGENTE

Se a nova Lei, mesmo que posterior à prática do facto, consagra um **regime mais favorável ao arguido**, pode (e deve) ser lhe **aplicada retroativamente**

Este princípio geral retira-se do artigo 29º n.º 4 *in fine* da CRP e do artigo 2º n.º 2 e n.º 4 do Código Penal.

Este princípio, embora englobado no grande tema da aplicação da lei penal no tempo, **já não decorre diretamente do Princípio da Legalidade** (não é um dos seus subprincípios, encerrámos esse estudo)

Tem um **fundamento diferente**

Já não está tanto em causa a proteção de direitos individuais face ao poder punitivo do Estado, nomeadamente com a possibilidade de os cidadãos serem surpreendidos com penas mais pesadas e a criminalização de condutas



MAS ANTES

Serve o **princípio da intervenção mínima do DP/necessidade da pena**



Se o Estado faz uma **reavaliação** de determinada pena/criminalização de certa conduta, estabelecendo um regime mais favorável, é porque **a lei anterior deixa de ser necessária** (adequação e eficácia) e a **nova sanção basta** para realizar os fins das penas

Logicamente, a nova Lei deve ser **aplicada tanto a factos correntes como a outros anteriores**

[o contrário, seria aplicar uma pena desnecessária, o que é manifestamente inconstitucional.]



Em segundo plano, podemos também falar do **princípio da igualdade**, na medida em que diz-nos este princípio geral fundamental do Direito Penal que é desejável que **pessoas que praticam os mesmo atos sejam punidas da mesma forma**.

➤ Quando é que uma lei posterior é considerada mais favorável ao agente?

➔ **A nova Lei elimina o facto como crime** [artigo 2º nº2 CP e 29º nº4 *in fine* CRP]

O facto que era considerado crime
deixa de o ser devido ao novo
regime que entrou em vigor



isto pode acontecer por duas razões

- É eliminada a norma incriminadora que previa o facto, sem ser substituída por nenhuma outra
- A causa menos evidente – A infração é retirada do OJ pela nova lei, sem que haja uma eliminação da norma incriminadora

O facto deixa de ser punível à luz da lei posterior²⁹

E.g. caso do aborto - adicionaram uma alínea à norma que dizia que o facto não era punível se praticado até às 10 semanas de gravidez



Remete-nos, no fundo, para o conceito de **despenalização**

- Para a professora Bárbara Sousa Brito, este conceito integra a categoria **mais ampla da descriminalização**, visto que, em última análise, não se aplica sanção pois naquelas circunstâncias o facto deixa de ser considerado crime

²⁹ não porque desapareça a norma incriminadora, mas porque uma nova lei o retira das infrações

- Já para o Professor Taipa de Carvalho, por exemplo, o termo despenalização **coincide rigorosamente** com o termo descriminalização.

Quais são as leis em confronto?

As que estão em vigor entre o momento da prática do crime até ao termo da execução da pena³⁰



Juiz vai ter que ter em consideração **a nova lei que elimina o facto** do âmbito das infrações, mesmo que haja uma **condenação transitada em julgado** → **cessa a execução da pena**³¹



O **artigo 2º nº 2** indica que **prevalecerá** sempre a **lei que descriminaliza** a conduta

→ **Lei posterior consente uma punição mais leve para o agente**

Nota inicial – quando se diz que a nova lei consagra um regime mais favorável ao agente, ao implementar uma punição mais leve, é sempre relativamente ao **caso subjudice**; frisa-se, deste modo, a importância de ter o **caso concreto** em mente ao fazer esta afirmação)

Quais as leis em confronto?

Artigo 2º nº 4 CP + 371A CPP

As que entram em vigor entre o momento da prática do facto criminalmente relevante até ao **termo da execução da sentença**

(a lei posterior será tida em conta até que o arguido tenha acabado de cumprir a pena – **se ainda a estiver a cumprir, aplica-se o princípio** da aplicação retroativa da lei mais favorável)



O caso julgado não é obstáculo/limite – só faz sentido encará-lo como uma garantia do cidadão se, de facto, este puder ser ultrapassado face à introdução legal de uma pena mais leve



Quando há **trânsito em julgado da sentença**, não se admite novos recursos ordinários. Nestes casos concernentes à **abertura da audiência para aplicação retroactiva de lei penal mais favorável**, tem-se a possibilidade de efetuar **recursos extraordinários**, nos termos da lei de processo.

Importa distinguir dois tipos de situações:

- A. Face à nova Lei, o limite máximo a aplicar ao crime é menor do que a pena concreta aplicada ao agente

³⁰ Recordar artigo 3º: momento da prática = momento da execução do crime

³¹ Nestes casos tal pedido terá de ser requerido ao tribunal de execução de penas

(e.g. anteriormente, à data da condenação/sentença, a moldura legal era de 5 a 10, tendo sido este criminoso em específico condenado a 8 anos --- atualmente, passou de 1 a 5 anos o estatuído por Lei)

- Há uma **redução automática** para o limite máximo consagrado no regime posterior
- Esta diminuição imediata não priva o agente de recorrer ainda ao tribunal no sentido de este último **reavaliar e recalcular a medida da pena** à luz da nova moldura legal

B. O limite máximo da nova lei não é menor do que a medida concreta da pena aplicada, porém, o regime é concretamente mais favorável ao agente

(e.g. 5 a 10, foi lhe aplicado 7 – agora passa de 3 a 8)

- Aqui não há redução automática, visto a pena em execução estar ainda dentro da moldura legal posterior → **o agente terá sempre de interpôr recurso extraordinário** para ter uma reavaliação da medida da pena, à luz da lei posterior

Nota: Por vezes, o legislador cria um regime mais favorável ao agente, não por a punição ser mais leve (tendo em conta a moldura penal admitida para os casos que se enquadrem na previsão normativa), mas sim porque introduz uma **nova circunstância atenuante** [recurso extraordinário é possível, com base no mesmo artigo do CPP?]

POSSÍVEIS EXCEÇÕES AOS PRINCÍPIOS DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO

(A) **LEIS TEMPORÁRIAS** OU DE **EMERGÊNCIA**

Tratam se de leis cujo **período de vigência é limitado** e determinado face a **situações de emergência** ou de **anormalidade social**. 

O seu prazo deve constar expressamente da lei, ou, caso contrário, resultar implicitamente da verificação das circunstâncias excepcionais que estão na origem/base da mesma [por outras palavras, tem de ser inequívoco, mesmo quando não está concretamente calendarizado]

Esta categoria de leis possui um verdadeiro **caráter excepcional** → escapa aos princípios da aplicação da lei penal no tempo? Nomeadamente o da aplicação retroativa da lei posterior mais favorável?

- O entendimento geral da doutrina defende o consagrado no **artigo 2º nº 3 do CP**, que se refere exclusivamente a estas situações

Aplicação ultra-ativa das leis temporárias, que **afasta o princípio da aplicação retroativa do regime penal mais favorável ao agente**.

O indivíduo que tenha adotado uma conduta contrária ao estipulado pela norma penal de emergência durante o seu período de vigência pode ser julgado à luz da mesma, mesmo que após o termo do prazo estipulado para a mesma [altura em que a conduta já não é punível/considerada crime – lei + favorável]

Leis de emergência aplicam-se a /abrangem factos julgados depois de a lei deixar de estar em vigor, desde que tenham sido praticados no âmbito temporal dessa última

Porquê?

- ✓ Caso contrário, as leis temporárias seriam **esvaziadas do seu propósito**; não teriam qualquer efetividade;
- ✓ **Não há**, na realidade, um **problema de sucessão de leis no tempo**, pois os regimes em causa debruçam-se sobre situações de facto diferentes

➤ Professor Silva Dias (opinião isolada mas que contesta esta visão)

Admite a excecionalidade que caracteriza este tipo de normas, uma vez que há, com efeito, uma alteração das valorações do legislador por via da própria alteração da conjuntura que rodeia a prática do facto

MAS

Este quadro excecional/de alteração não é suficiente para não considerar que há um problema de sucessão de leis no tempo

- ↳ Os princípios fundamentais da aplicação da lei penal no tempo não podem ceder perante esta figura
- ↳ Estas só podem ser aplicadas, e os agentes só podem ser julgados/sentenciados/punidos, durante durante o período em que estão em vigor → só aí se exercem as suas finalidades



Conclui portanto que o **artigo 2º nº 3 do CP é inconstitucional** [princípio da legalidade³² e da intervenção mínima do DP]

(B) **LEIS PENAIAS INTERMÉDIAS** [ver esquema no caderninho verde]

³² Pensamento meu: mas aqui o agente nunca seria surreendido, porque efetivamente houve lei formal anterior à prática da conduta, que criminalizou o ato e para o mesmo estabeleceu uma moldura legal de pena

Consistem em leis cujo início de vigência é posterior ao momento de prática do facto e cujo termo ocorre antes do julgamento.



Não está em vigor nem no momento da prática nem no momento do trânsito em julgado da sentença.

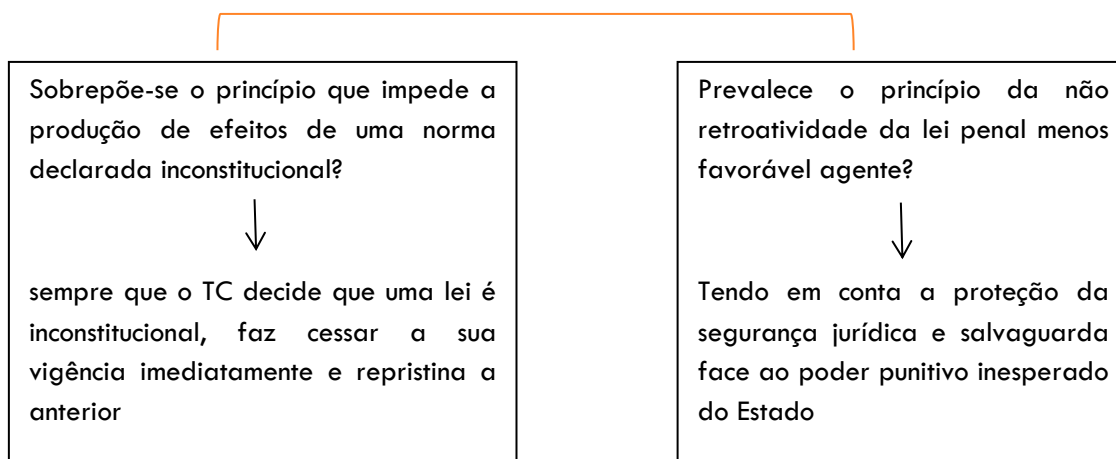
No caso de esta ser mais favorável ao arguido, deverá ou não ser tida em conta?

Opinião doutrinária preponderante → quando o legislador fala em leis posteriores (artigo 2º nº4) também está a ter em consideração estas leis intermédias

- Princípio da intervenção mínima do DP + da Igualdade , continuam a ter uma valoração que pesa mais , pelo que justificam a sua aplicação
- Mais ainda, o agente ganhou uma posição jurídica que deve ficar a coberto da proibição de retroatividade da lei mais grave³³ -- Se tal não fosse assim, poderiam existir casos em que a sua não aplicação seria devida à lentidão da justiça

(C) LEIS PENAS INCONSTITUCIONAIS DE CONTEÚDO MAIS FAVORÁVEL AO AGENTE

Tem se aqui um cenário em que a lei em vigor no momento da prática do facto (mais favorável ao agente) é declarada inconstitucional pelo TC antes do julgamento do agente.



A doutrina divide-se: ambos os lados são defensáveis (direitos, liberdades e garantias face a abusos estaduais vs uma lei inconstitucional nunca poderá ser aplicada)

→ o princípio da não retroatividade da lei menos favorável só abrange leis válidas.

³³ Mais uma vez, está em causa o princípio da segurança jurídica e da máxima restrição da pena.

VI. APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO ESPAÇO

Os princípios e normas que vamos estudar neste grande tema do Direito penal já **não estão diretamente relacionados com o Princípio da Legalidade**. Pelo contrário, têm por detrás o princípio fundamental da **necessidade da pena** ou da **intervenção mínima do direito penal**. [ter isto presente ao longo da matéria, procurar sempre de que forma se interliga com este postulado]



→ **Direito Internacional Penal** - conjunto de disposições jurídico-penais constantes de tratados ou convenções a que o Estado português aderiu como parte (ratificou, daí a sua vinculação jurídica ao conteúdo das mesmas)

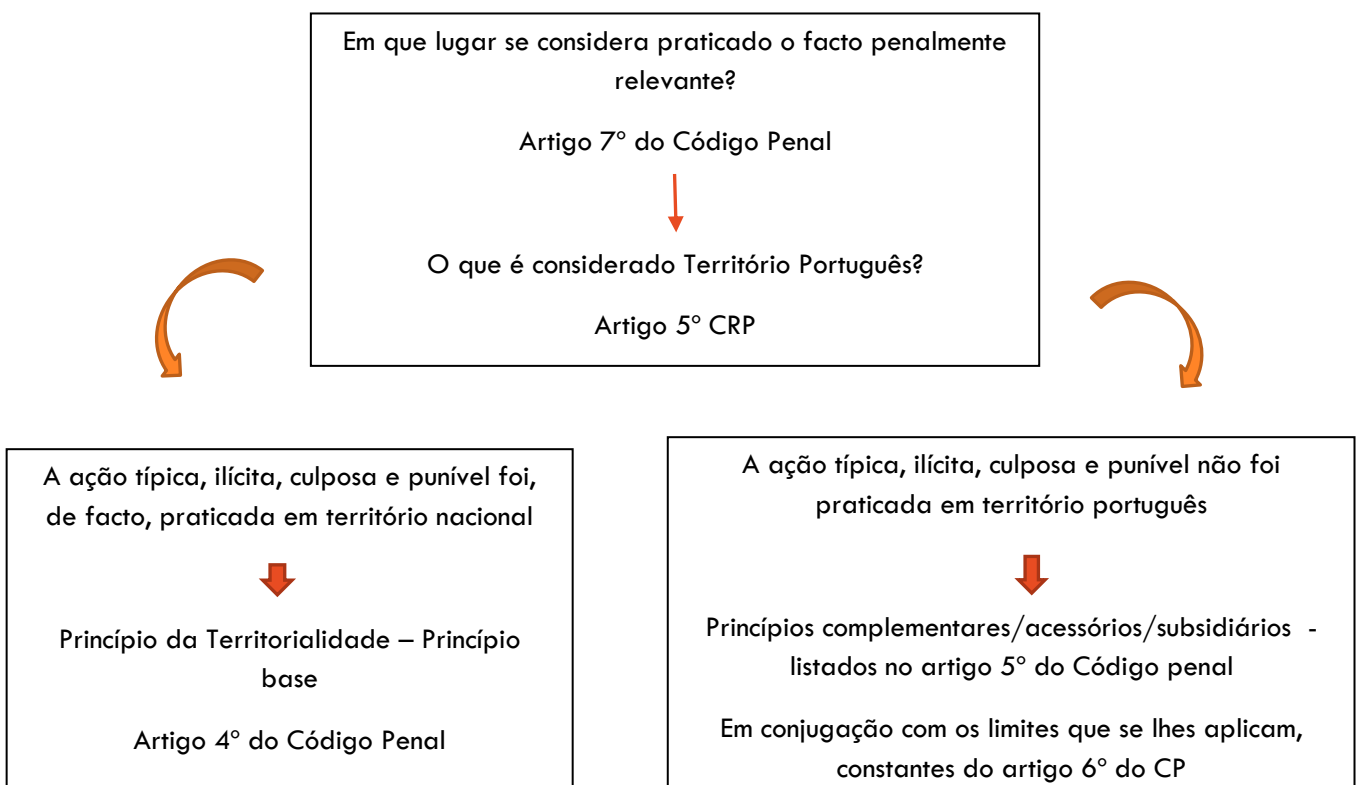
→ **Direito Penal Internacional Português**

O que vamos verdadeiramente abordar neste contexto → delimita o **âmbito de validade espacial** do Direito Penal Português.

↳ Este conjunto de normas/disposições/princípios gerais, que compõem o respetivo subramo do Direito, podem, numa visão mais ampla, incidir sob 3 vertentes diferentes:

- ❖ Aplicabilidade espacial do Direito Penal Português (em que circunstâncias podem também abranger factos praticados fora do território nacional?)
- ❖ Eventual aplicabilidade de leis penais estrangeiras pelos Tribunais portugueses
- ❖ Numa dimensão mais reduzida, normas de cooperação internacional entre as autoridades estrangeiras e as portuguesas

A que infrações se deve aplicar a Lei Penal Portuguesa, tendo em conta o seu âmbito espacial?



LUGAR DA PRÁTICA DO FACTO -- PASSO 1

O **artigo 7º** visa evitar Conflitos Negativos de Competência, ou seja, que nenhuma ordem jurídica se considere incompetente para julgar o facto e que, assim, o agente não seja punido.

[Conflitos Positivos de Competência não são tão graves, pois não põe em causa a punibilidade do agente – ne bis in idem, assegura que a decisão de um país impede a decisão do outro]

O facto criminalmente relevante considera-se praticado num determinado país, de acordo como Direito Penal Internacional Português, na verificação das seguintes possibilidades:

1. “No lugar em que o agente atuou (...) ou devia ter atuado”

Crimes por ação

Crimes por omissão (é punida a inatividade)

2. “(...) total ou parcialmente”

Crimes instantâneos

Crimes cuja execução se prolonga no tempo³⁴

3. “sob qualquer forma de comparticipação”

Não tem apenas em conta a autoria singular e direta

E.g. art 26 CP – norma extensiva da tipicidade de outras normas penais previstas no código (conforme ao princípio da legalidade)

Consequentemente, decorre deste artigo que quem determina outrem a praticar o facto é punido como autor nos termos do art 138.

Se A pede a B para matar C em Portugal, e B se desloca a Espanha para o homicídio, A pode ser julgado em PT

4. Local onde o resultado típico se produziu

Isto significa que o nosso legislador consagra a **teoria da ubiqüidade** → Aplica-se uma dualidade de critérios que considera não só o local da realização da CONDUTA/AÇÃO como também o do RESULTADO



Basta que **um destes elementos essenciais se verifique** em território Português para que a Lei Penal Portuguesa possa intervir

³⁴ Começa num país, continua outro (e.g. sequestro em França, leva a pessoa raptada para PT)

Figueiredo Dias → esta dualidade de critérios é indispensável e inteiramente lógica, visto que a sua efetivação permite abranger todas as lacunas que pudessem ser criadas face à adoção de um critério unitário.

Exemplo #1 - A ofendeu corporalmente B em Portugal, vindo, em consequência, B a falecer em Espanha. Se Portugal adotasse o critério do resultado e Espanha o critério da conduta, não haveria maneira de punir A

Exemplo #2 – A ofendeu B em Espanha e este último veio a falecer em Portugal. A pode também ser julgado e punido pelo Estado Português

5. O facto também se considera praticado no lugar em que o resultado não compreendido no tipo se tiver produzido

Remete-nos para a seguinte distinção:

Crimes de DANO – Para o tipo legal de crime ficar preenchido é necessário que se concretize um determinado resultado, que corporiza uma lesão a um bem jurídico fundamental

Crimes de PERIGO (abstrato ou concreto) – pelo contrário, os seus pressupostos legais esgotam-se na **mera atividade**, que embora não resulte numa lesão efetiva, põe em causa o bem jurídico de forma expressa e clara [basta então a prática da conduta]

É nestes últimos casos que o legislador português está a pensar

↓
De que forma?

→ Já sabemos que o agente pode ser punido pela Lei Nacional caso a ação que abriu essa possibilidade de lesão tenha sido praticada em território português

Aqui trata-se dos casos em que a conduta que pôs em perigo o bem jurídico foi realizada noutro Estado



O agente pode ainda ser julgado à luz da Lei Penal Portuguesa na condição de **a lesão se ter concretizado já em Portugal** (lesão essa que não é requisito do tipo legal de crime já preenchido pela mera atividade do agente no estrangeiro)

E.g. artigo 138 CP -- A abandona a criança B à porta de um convento em Badajoz; posteriormente a criança é trazida em Portugal e morre no hospital. Quid iuris?

No seguimento desta parte do artigo 7º do CP, poderia ser aplicada a lei portuguesa apesar de a morte da criança ser um resultado que não está previsto no tipo.

6. A Tentativa (nº 2 do mesmo artigo)

No que se refere a tentativas de crime, não é necessária a ação nem o resultado se verificarem em território nacional para que se aplique o direito penal português a estes casos.



Basta que se consiga prova que o local pretendido para a ocorrência do facto fosse Portugal³⁵

7. Condição Objetiva de Punibilidade

- Recordando: A condição objetiva de punibilidade é algo **extrínseco ao facto ilícito típico** (outro elemento essencial do conceito de crime para além da ilicitude e da culpa) que o legislador exige para que o facto seja **merecedor de pena** – para que tenha dignidade penal.

▶ E.g. **art. 135º**, define o facto concreto do suicídio como condição objetiva de punibilidade para o auxílio ao suicídio. A consumação do suicídio é extrínseca ao auxílio/incitamento, mas é preciso que isso ocorra para que o auxílio/incitamento seja digno de pena.

- Neste sentido, uma parte da doutrina discute se o **art. 7.º também abarca a condição objetiva de punibilidade** → se o “resultado não compreendido no tipo” abrange este conceito, podendo aplicar-se a Lei Penal Portuguesa a um caso onde só esta condição objetiva se tenha verificado em território Nacional

A EXTENSÃO DO TERRITÓRIO NACIONAL – PASSO 2

○ Artigo 5º nº 1 e nº 2 da CRP

- o território nacional compreende não apenas o espaço terrestre sujeito à jurisdição do Estado (embaixadas inclusive), mas também o correspondente ao subsolo, espaço aéreo e ainda as águas territoriais portuguesas face ao direito internacional público.

○ Artigo 4º alínea b) CP

- Princípio do Pavilhão e da Bandeira

✓ independentemente do local onde se encontrem, os navios e aeronaves **registados em Portugal** serão sempre considerados território nacional para efeitos de aplicação do direito penal português



isto significa que

- Não é feita qualquer distinção entre comerciais e militares → velho princípio de direito internacional público, segundo o qual os navios e aeronaves de guerra são sempre considerados território nacional dos seus Estados

³⁵ A em França envia bomba para explodir em casa de B em PT. A bomba explode acidentalmente num posto de correios em França – suficiente para aplicação da lei nacional pois, se tudo tivesse corrido de acordo com o planeado, o resultado projetado pelo agente ia ser concretizado em Portugal

E se estiverem parados em aeroporto ou porto estrangeiro? [divergência doutrinária só aplicável a aeronaves ou navios comerciais]

❖ Figueiredo Dias, Paulo Pinto de Albuquerque e Anabela Miranda Rodrigues

considera que, nesse caso, prevalece o princípio da territorialidade na medida em que será aplicável a lei do local

o princípio do pavilhão **só se aplica a factos cometidos a bordo de navios e aeronaves portuguesas comerciais que circulem em águas ou espaço aéreo internacional**. Ou seja, se essas aeronaves ou navios circularem em espaço aéreo ou marítimo estrangeiro, os crimes ali cometidos são considerados praticados fora do território nacional. Nestes casos, a única hipótese de aplicar a lei portuguesa é se esses crimes não forem julgados nesse outro território.

❖ Taipa de carvalho e Faria Costa

mesmo estes casos caem no âmbito de aplicação espacial da lei penal portuguesa ³⁶

como o legislador não distinguiu se os navios e aeronaves se encontram em espaço aéreos estrangeiros ou internacionais ou portos ou aeroportos estrangeiros ou internacionais, a solução é considerar a **lei penal portuguesa é sempre aplicável nestas hipóteses de crimes praticados a bordo de navios ou aeronaves comerciais portuguesas mesmo que se encontrem em espaço aéreo ou marítimo estrangeiro ou internacional**.

○ DL 254/2003

- artigo 4º do DL → Manifestação da teoria da ubiquidade; a lei penal portuguesa é aplicável aos seguintes factos criminais:

- ✚ que sejam cometidos a bordo de uma aeronave alugada a um operador com sede em território português
- ✚ às aeronaves cujo destino final da viagem seja Portugal, independentemente da companhia ou local de registo da aeronave
- ✚ ou ainda se o comandante da aeronave entregar o presumível infrator às autoridades portuguesas.

PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE -- PASSO 3 (OPÇÃO 1)

Este é o princípio base/fundamental da aplicação espacial da Lei Penal Portuguesa, estando consagrado de forma expressa e evidente no **artigo 4º alínea a)** do Código Penal.

A Lei penal portuguesa é aplicável a todos os factos praticados em território português, seja qual for a nacionalidade do infrator, salvo tratado ou convenção em contrário

³⁶ não exclui a necessidade de intervenção imediata das autoridades policiais ou mesmo judiciais – mais, no máximo o que se terá é um conflito positivo de competências

O que suporta este princípio?

- Razões jurídico-penais
 - **Finalidades das penas**
É no território do Estado onde o crime foi praticado que mais importa exercer a **prevenção geral positiva** [reforço da confiança/segurança dos cidadãos na aplicação e efetivização/execução da lei penal]

- Razões político criminais
 - **Política internacional Estadual**
Adotar o princípio da territorialidade facilitará a harmonia internacional, visto que este se alinha com o respeito pela não ingerência de um Estado sobre crimes praticados noutra território.

- Razões de **ordem prática**
 - É no território em que o crime foi praticado que a investigação/prova do crime será mais fácil de se realizar

PRINCÍPIOS COMPLEMENTARES – PASSO 3 (OPÇÃO 2)

Ora, caso o crime não tenha sido praticado em território português (de acordo com o estabelecido nos artigos 7º do CP e 5º da CRP), não é possível justificar a intervenção jurídico penal do Estado Português com base no princípio da territorialidade (cujo fundamento legal é, respetivamente o artigo 4º do CP).

Não obstante, poderá ainda ser válida e legitimada face aos princípios subsidiários ou acessórios³⁷ presentes no **artigo 5º do Código Penal**, que irei passar a expôr.

(A) PRINCÍPIO REALISTA OU DA PROTEÇÃO DOS INTERESSES NACIONAIS

Artigo 5º nº 1 **alínea a)**

Prevê a aplicação da lei penal portuguesa aos crimes aí enumerados taxativamente, mesmo que cometidos por estrangeiros fora do território nacional, dado estar em causa a **salvaguarda de interesses fundamentais do Estado Português**



Pois bem, a lógica aqui presente é a de que, para determinar se um bem jurídico é fundamental para o Ordenamento Jurídico Português (se é nacional ou não), não importa tanto a sua titularidade, mas mais a sua natureza, **a relevância estadual daquele bem.**

³⁷ São subsidiários exatamente porque primeiro ter-se-á sempre de verificar se o Princípio da territorialidade (enquanto pilar fundamental e principal deste tema do âmbito espacial da lei penal tuga) é aplicável

Os bens protegidos pelos artigos mencionados nesta alínea (e destarte abrangidos por este princípio acessório) podem ser reconduzidos a **4 categorias distintas**:

- Bens jurídicos relacionados com os **alicerces** e o funcionamento/fundamento do **Estado de Direito Democrático**
 - arts. 325º a 345º. Ex.: crime de coação a órgãos constitucionais
- Interesses do Estado na confiança da **circulação fiduciária**
 - p.e., crime de contrafação de moeda. Arts. 262º a 271º
- Bens jurídicos relativos à **independência e integridade nacionais**
 - arts. 308º a 321º. Ex.: crime de traição à pátria.
- Crimes contra interesses de **segurança das comunicações**
 - art. 221º

Críticas a esta alínea

- ❖ Exclui **crimes ambientais**, cuja inclusão também se justificaria, na opinião da professora, tendo em conta que, mesmo não se dando nem o facto nem o resultado em território português, coloca em perigo bens jurídicos nacionais
- ❖ Além disso, o último tipo de bem jurídico em causa (comunicações) é protegido por outras normas para além do art. 221º, isto é, existem **outros crimes informáticos** bem mais graves do que o da burla informática, que também deveriam estar contemplados nesta alínea.

Notas:

- ✓ O infrator pode não se encontrar em Portugal, pelo que, assim sendo, recorre-se à extradição
- ✓ A redação atual do artigo deixou de fazer referência aos **crimes de terrorismo** previstos nos arts 300º e 301º do CP
 - ↳ Tal deve-se ao facto de ter sido posteriormente feita uma lei extravagante (**Lei de Combate ao terrorismo**) que possui toda uma secção própria destinada à aplicação da lei penal do espaço relativamente a este tipo de crimes ³⁸
- ✓ As restrições previstas pelo artigo 6º não se aplicam aos crimes previstos na alínea a) artigo 5º nº 1 -- **Artigo 6º nº 3**

³⁸ Conjunto de normas muito específicas, mas realça-se, neste contexto, o artigo 8º: estipula que salvo tratado/convenção em contrário a LP portuguesa é aplicada a estes crimes mesmo quando cometidos no estrangeiro.

(B) PRINCÍPIO DA NACIONALIDADE ATIVA E PASSIVA

Artigo 5º, nº 1, **alínea b)**

Este princípio apresenta-nos quatro **requisitos**/pressupostos para que seja aplicado:

- i. Crime praticado por um português [nacionalidade ativa]
- ii. Contra um outro português [nacionalidade passiva]
- iii. A residência habitual do infrator tem de ser em Portugal
- iv. O mesmo tem de ser encontrado em Território Português ³⁹



Que tipo de situações visa esta alínea tutelar ?

Não sendo necessário que o facto criminalmente relevante em questão também seja considerado crime no território em que foi praticado (não está em causa a dupla incriminação), visa-se sobretudo evitar ocorrências de **fraude à Lei Penal Portuguesa**



Por outras palavras, o seu objetivo último reside em **impedir que um cidadão português se desloque ao estrangeiro para aí praticar um crime contra outro português**, nomeadamente por essa conduta não ser criminalizada pela Lei estrangeira (escapando, assim, a ser punido pelo Estado Português)

[e.g. era o que acontecia quando o aborto ainda era punível em Portugal]

Clivagens/acrescentos doutrinários:

→ Taipa de Carvalho

Adiciona ainda como pressuposto de aplicação desta alínea e respetivo princípio a existência de uma **verdadeira intenção de fraude à lei**.

Ou seja, apenas estariam contidos no âmbito desta mesma alínea os casos em que o **propósito da deslocação ao estrangeiro é estritamente a realização dessa conduta** contrária ao direito Penal português [e não os casos em que, numas férias é, por acaso e não porpositadamente praticado um facto punível pelo OJ Português]

→ Figueiredo Dias

Defende que a ideia anteriormente exposta **não tem correspondência na letra da lei**, pelo que deve ser afastada. [Taipa = interpretação minoritária exatamente por isto]

O foco deve ser, portanto, não a intenção de fraude à Lei mas antes a **necessidade de fidelidade aos princípios fundamentais do OJ onde o agente (e a vítima) reside**.

[e.g. .: se um português vai passar férias e comete violência doméstica num país em que essa conduta não é punível, temos que poder aplicar a lei penal portuguesa]

³⁹ Casos em que o agente regressa para Portugal para aqui continuar a viver tranquilamente

(C) PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE

Artigo 5º nº 1 **alínea c)**

A Lei Penal Portuguesa também se aplica a crimes não praticados no território nacional mas que correspondam aos tipos legais **determinados taxativamente** nesta alínea, que se configuram como crimes ofensivos de **interesses que ultrapassam fronteiras**, isto é, **crimes contra a humanidade em geral** → estará em causa a salvaguarda de bens jurídicos que carecem precisamente dessa **proteção internacional**

E.g. escravidão ou tráfico de pessoas

Embora seja esta a noção geral, aplicam-se ainda outros **requisitos** estabelecidos pela previsão normativa, que importa analisar em detalhe.

Sendo o agente português ou estrangeiro, para que a intervenção penal portuguesa seja legítima face ao princípio complementar da aplicação universal as **seguintes condições** têm de estar reunidas:

i. Agente tem de se **encontrar em Portugal**

Este pressuposto é razoável uma vez que seria inútil iniciar um procedimento judicial contra um infrator não presente em Portugal

- Prof Pedro Caeiro: pressuposto de procebilidade (processual)

- Prof Teresa Beleza: condição objetiva de punibilidade

- Fig. Dias: discussão sem relevância, o que interessa é que é um requisito efetivo de aplicação da alínea c) e respetivo princípio

ii. **Não pode ser extraditado**, pois

▪ Condições não foram reunidas para tal suceder

▪ Não houve sequer requerimento por outro país para isso mesmo

iii. **Não pode ser entregue a outro título**

Nomeadamente em resultado da execução de Mandado de detenção europeu ^{*1 (pag. 82)} ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português.

EXTRADIÇÃO (normas)

Este processo encontra-se regulado pelo **artigo 33º da CRP** e, mais extensivamente pela **Lei 144/99**, de 31 de agosto [Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal]

Uma extradição pode ser:

➤ **Passiva** (da nossa perspetiva, solicitada ao Estado Português por um outro Estado)

➤ **Ativa** (Solicitada pelo Estado Português)

Art 33 n° 1 → não é admitida a expulsão de cidadãos portugueses do território nacional [regra geral, ou seja, pode extraditar-se cidadãos nacionais a pedido de outro país – em determinadas e certas condições que o justifiquem e legitimem -- mas nunca expulsar por si só esse cidadão]

Art 31 n° 2 da Lei 144/99 → em princípio, todos os crimes praticados por estrangeiros em território português são suscetíveis de **fundamentar a extradição**, desde que se tratem de crimes com pena de **prisão superior a um ano quer pela lei portuguesa, quer pela lei do estado requisitante**

↳ Também há a possibilidade de extradição para crimes de uma natureza específica (política ou militar) – art 7° n° 1 al. a)

Exceções -- Art. 33 n° 6 CRP (têm correspondência com outros artigos específicos da Lei)

- Extradicação pedida por **motivação política** (e.g. jornalista que é da oposição ao governo)
- Quando ao crime em causa corresponder uma **pena de morte** ou pena da qual resulte uma lesão irreversível **da integridade física** do sentenciado
- Se o país estrangeiro prever pena de **prisão perpétua** ou medida de segurança com carácter perpétuo ou de **duração indefinida**⁴⁰.

E.g. Se um americano cometer o crime de homicídio em Portugal e se o Estado americano prevê a pena de morte, é inconcebível a extradição desse cidadão. O acórdão n°1/2001 do TC, diz que esta **regra não permite qualquer flexibilidade**. Ou seja, mesmo que o Estado americano em causa, se comprometa politicamente a não aplicar a pena de morte, basta esta possibilidade estar prevista para aquele crime praticado, para que o agente não possa ser extraditado.

CRIMES CONTRA A PAZ E CONTRA A HUMANIDADE

A propósito da alínea c), importa destacar estes crimes que consistem em atos como **genocídio ou outros crimes de guerra** que constituam violações expressas do direito internacional humanitário.

Embora englobados conceptualmente por esta previsão normativa do código penal, atualmente possuem uma **Lei própria** (Lei n° 31/2004)



Artigo 5° da mesma : aplicar-se á a lei penal portuguesa, nestes casos, quando:

- ✓ O crime houver sido praticado fora de Portugal

⁴⁰ Nestes casos já somos mais flexíveis: será possível extradição se o Estado extraditante for parte de uma convenção, a que o Estado português está vinculado, e oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada. Não basta uma garantia diplomática ad hoc, tem de ser uma garantia estabelecida em convenção internacional.

- ✓ Mas o agente for encontrado em território nacional
 - ✓ Não possa ser extraditado
- ✓ Ou que seja decidida a sua não entrega ao Tribunal Penal Internacional

Quando poderá Portugal recusar a entrega do agente ao Tribunal Penal Internacional, se fazemos parte do Estatuto de Roma?

- a. se a pessoa for **cidadão português**, o Estado Português pode recusar o pedido de extradição, porque a **competência do TPI é subsidiária**, isto é, só deve atuar se o Estado não aplicar por si a lei
- b. no caso de ser um **cidadão estrangeiro** encontrado em território português depois de ter praticado um dos crimes fora de Portugal, o pedido do TPI também pode ser recusado se em questão estiver um crime ao qual possa ser aplicada por este tribunal a **prisão perpétua**.

(D) PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DA PROTEÇÃO DE MENORES

Artigo 5º nº 1, **alínea d)**

Foi introduzido em 2007, com a revisão do CP, e justificou-se face a uma crescente preocupação da política internacional especialmente destinada a proteger menores relativamente à criminalidade internacional.

A Lei portuguesa será então aplicada a crimes praticados fora do território nacional, caso estes:

- Se enquadrarem nos **crimes taxativamente** enunciados na alínea d)
 - Relativos a ofensa à integridade física grave, coação sexual, violação e, numa inovação legislativa datada de 2020, outros crimes concernentes a demais aspetos da liberdade e autodeterminação sexual
- A vítima **for menor**, evidentemente
- O agente for **encontrado em Portugal**
- E **não possa ser extraditado** ou entregue em resultado de execução de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional
- **outra novidade com a lei de 2020**: alargou-se o âmbito de aplicação deste artigo, extendendo-se a possibilidade de aplicação para os seguintes cenários: [a conjugação dos requisitos anteriores OU]
 - ❖ O agente/infrator é português ou reside habitualmente em Portugal
 - ❖ A vítima, que é menor, reside habitualmente em Portugal

Questão controversa

Tome-se como exemplo o crime de mutilação genital feminina – art 144 alínea a)

- como há etnias onde esta prática é comum e, muitas vezes nem é punível, o que acontece, por aplicação do artigo 6º nº2 é que a lei penal portuguesa é afastada já que a lei desses países é claramente mais benéfica ao infrator
- Ou, então, opta-se por uma atenuação da pena face a uma culpa diminuída (peso da cultura que influencia a decisão) [Já aconteceu no supremo]

Professor Taipa de Carvalho → Não concorda com este paradigma e consta do seu entendimento que o artigo 6º nº 3, que afasta, precisamente, as restrições desse mesmo artigo, para além das alíneas a) e b) deveria também incluir os da alínea d)

(E) PRINCÍPIO DA NACIONALIDADE ATIVA

Artigo 5º, nº 1, **alínea e) primeira parte**

A LP portuguesa é ainda aplicável a qualquer crime cometido fora do território nacional se_

- O mesmo for **cometido por um português**
- Este se encontre em Portugal
- O facto esteja previsto como crime tanto na legislação portuguesa como na do país onde a conduta foi realizada⁴¹

Exige se que, à luz do ordenamento jurídico estrangeiro, o facto praticado seja considerado crime em concreto, ou basta a sua punibilidade em abstrato?



Embora uma minoria doutrinária, encabeçada por Fernanda Palma, defenda a segunda hipótese, a esmagadora maioria dos autores (professora bárbara incluída) defende que a lógica deste princípio **apenas requer a punibilidade em abstrato**, deste modo, não sendo necessário a prova de que aquele facto em concreto seria punido



Para o Prof Figueiredo Dias esta é, de facto, a exigência material mais importante da alínea e), pois não será justo ou razoável estar a submeter ao poder punitivo alguém que praticou o facto num lugar onde ele não é considerado penalmente relevante e onde, por isso, não se fazem sentir quaisquer exigências preventivas quer sob a forma de tutela das expectativas comunitárias na manutenção da validade da norma violada – norma que, em definitivo, não existe –, quer sob a forma de uma socialização de que, segundo a lei do lugar, o agente não carece

- o crime admita extradição e ela não possa ser concedida ou nem sequer tenha havido pedido de extradição ou haja mandado de detenção europeu e seja decidida a sua não entrega

⁴¹ Quanto à ressalva concernente a lugares onde não se exerça o poder punitivo, estes são apenas o Alto mar, Antártida e a Lua.

- Porquê a diferença entre a extradição e a execução do mandado de detenção? Prof Figueiredo Dias e Taipa de Carvalho consideram que esta diferença de critérios não é clara o suficiente quanto à razão de ser, pelo que também com o mandado de detenção pode acontecer que não seja sequer requerido
- Mais uma vez, aplicam-se as normas do nosso OJ que regulam a extradição, nos termos anteriormente expostos.



A este respeito, deve sublinhar-se novamente que, **à partida nenhum Estado extraditará um nacional seu** (não só prática comum a nível de RI como, no OJ português assim o determina o art. 33 n° 1)

As **exceções** são estritamente as consagradas no n° 6 deste mesmo artigo:

- ❖ **Terrorismo ou criminalidade internacional organizada** (e.g. redes de tráfico de droga ou de seres humanos)
- ❖ tem de existir **reciprocidade de tratamento** por parte do Estado requerente (estabelecida em convecção internacional)
- ❖ consagração **de garantias de um processo justo e equitativo** por parte da ordem jurídica do Estado requerente
- ❖ Acrescente-se ao texto da norma: só pode ser dada extradição para efeitos de procedimento criminal (se o pedido for para **iniciar procedimento criminal**, pois não pode haver dupla condenação ou julgamento)

(F) PRINCÍPIO DA NACIONALIDADE PASSIVA

Artigo 5º, nº 1, **alínea e) segunda parte**

Aqui não será o agente o cidadão da República Portuguesa, mas sim a **vítima (nacional do Estado Tuga)**

- Aplicam-se os mesmos pressupostos supramencionados
- O fundamento ou lógica por detrás da aplicação deste princípio complementar será então a **necessidade de proteção de nacionais perante factos contra eles cometidos**, mesmo que por estrangeiros e fora do território nacional



No fundo, outra manifestação da **exigência de salvaguarda dos interesses nacionais** (neste contexto, sob a forma de proteção pessoal e individual dos interesses dos cidadãos lesados)

(G) PRINCÍPIO DA APLICAÇÃO SUPLETIVA [bla bla bla]

Artigo 5º, nº 1, **alínea f)**

A lei penal portuguesa poder-se-á ainda aplicar a factos:

- Praticados **por estrangeiros, contra estrangeiros**

- ii. Fora do território nacional (claro)
- iii. Em que o agente é encontrado em Portugal
- iv. Embora a extradição seja admitida, esta não possa ser concedida e ou seja decidida a sua não entrega em execução de mandado.....

Porquê? Esta norma procura evitar que Portugal se torne um **paraíso de criminosos estrangeiros**, que, não admitindo o crime no estrangeiro extradição, venham para Portugal para se escaparem à punição.

O juiz nacional, basicamente, **substitui-se ao juiz estrangeiro**.

E.g. americano comete crime num estado que prevê pena de morte, consegue fugir para Portugal e como sabe que a extradição não pode ser concedida (porque o Estado prevê pena de morte), nunca seria punido. Para evitar que isto acontecesse, temos a consagração deste princípio

(H) RESPONSABILIDADE PENAL DE PESSOAS COLETIVAS

Artigo 5º, nº 1, **alínea g)**

Dirige-se sobretudo a crimes cometidos por organizações, que tem uma relevância sociológica crescente.

A LPP pode aplicar-se a crimes cometidos (1) *por* OU (2) *contra pessoas coletivas*, desde que tenham **sede em território português**

Sempre articulado com o artigo 11º do CP, este princípio, para Figueiredo Dias, pode considerar-se uma extensão do princípio da nacionalidade (agora aplicado a PC's e não singulares)

Consequentemente

Deverão também ser exigidos outros requisitos que não estes pressupostos base, mais concretamente, os da **alínea e) do artigo 5º**.

(I) PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DE JULGAMENTO MEDIANTE CONVENÇÃO

Artigo 5º **nº 2**

Por fim, temos os casos excedentes. Sempre que a lei penal portuguesa não puder ser aplicada a crimes praticados no estrangeiro com base em nenhuma das outras alíneas, a sua intervenção pode ainda justificar-se caso o **Estado português se tenha obrigado a julgar estes factos por meio de tratados ou convenção internacional**

Quando é que isto acontece? Geralmente estarão em causa outra vez bens jurídicos carecidos de proteção internacional (e.g. pirataria aérea)

NOTA IMPORTANTE SOBRE ESTE ARTIGO 5º

A ordem dos princípios complementares **não é aleatória**, ao contrário do que se poderá pensar. A sua enumeração sequencial em alíneas tem importância prática.

Sempre que for abstratamente aplicável mais do que uma alínea, a solução correta será fundamentar a aplicação da LPP com base no **princípio que tem precedência na listagem** (isto está relacionado com a importância dos bens jurídicos que o legislador pretende proteger)

LIMITES DO ARTIGO 6º -- PASSO 4 (se se seguir a opção 2)

O artigo 6º do Código Penal é importantíssimo, uma vez que impõe **restrições** à aplicação da LPP a crimes cometidos fora do território nacional.

Por conseguinte, será sempre aplicável na sequência da utilização do artigo 5º.

(A) PRINCÍPIO NE BIS IN IDEM ⁴²

Ninguém pode ser punido pelo mesmo crime mais do que uma vez → nº 1 do art. 6º

- Se o agente tiver sido, efetivamente, julgado no país onde o crime foi cometido + se não se subtraiu ao cumprimento total da pena



Não pode ser, adicionalmente, punido à luz da Lei portuguesa com uma outra pena
[princípio sustentado pelo outro grande princípio da intervenção mínima do direito penal]

- No entanto, caso o agente tenha sido julgado mas haja fugido ao cumprimento total, ou até mesmo parcial da pena, poderá ser julgado novamente em Portugal



Porém, nessas circunstâncias o tribunal português competente terá de descontar o tempo da pena já cumprido no estrangeiro → **princípio do desconto da importação** [retira-se do nº 2 mas consagrado de forma expressa no artigo 82 do CP]

Princípio ne bis in idem diz-nos que **em caso algum haverá dupla punição, mas não duplo julgamento**

Nota: Se Estado que julga/condena o agente pede ao Estado português que execute a sentença (isto é possível) pende sobre este último a obrigação de rever essa mesma sentença.

⁴² Também tem uma dimensão processual: ninguém pode ser julgado 2x pelo mesmo facto, mas isso pode acontecer e não haver violação do ne bis in idem (quando surge uma lei penal mais favorável). O princípio ne bis in idem revela-se na sua dimensão substantiva (ninguém pode ser punida pelo mesmo facto).

(B) Nº 2 DO ART 6º

Se a lei do país em que o crime foi praticado for **concretamente mais favorável ao agente**, é esta que será aplicada, conquanto a LPP também tenha aplicabilidade espacial por via do artigo 5º

Discussão Doutrinária

Alguns autores interpretam este preceito no sentido em que é o **Direito Penal Português que intervém, mas à luz da lei estrangeira**, isto é, haveria aqui uma **adaptação** do Direito estrangeiro face ao nosso OJ, claculando-se a medida concreta da pena com base na Lei estrangeira.

Quando não há tradução direta na LP, a pena aplicável é **convertida** naquela que lhe corresponder no sistema português → não havendo correspondência direta naquela que a lei portuguesa previr para o facto em questão.

Ex: PT – multa em dias, estrangeiro – multa fixa. No caso teria de haver **transformação**.

[Taipa de Carvalho e Fernanda Palma não concordam, mas não há consenso]

(C) Nº 3 DO ART 6º

O regime do nº 2 não se aplica às **alíneas a) e b) do art 5º nº 1** -- Dada a **gravidade dos crimes** que estão em causa o estado PT afasta expressamente a aplicação da lei estrangeira que seja mais favorável.

***Madado de detenção Europeu** – algumas luzes:

Figura distinta da extradição (embora tenha a nível material o mesmo objetivo, vigoram regras diferentes no âmbito do Direito Comunitário)

- Dispensa do princípio da dupla incriminação quanto a um vasto elenco de infrações criminais graves tipificadas
- O princípio da não extradição de nacionais (art. 33 nº 5) enfraquece – embora nao seja obrigatório, a disposição europeia tem tendência para prevalecer

Lei 65/2003, de 23 de Agosto – relativa ao mandado de detenção europeu

art.12, nº1, alínea h) e i) → Afastamento do princípio da territorialidade como **causa impeditiva da entrega**, como acontece na extradição – causa facultativa de recusa a entrega do cidadão português.

A decisão de entrega também depende de:

- garantia de estar prevista na ordem desse estado uma revisão da pena a pedido, ou, no mais tardar ao fim de 20 anos

- ou ainda se houver possibilidade de medidas de clemência

Há quem defenda que esta norma é inconstitucional.

VII. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LPP QUANTO ÀS PESSOAS

Quanto a certas pessoas, colocam-se regras especiais a nível da aplicação da Lei Penal, sendo que as mesmas se encontram diretamente estabelecidas na nossa **Lei Fundamental**, traduzindo-se, em termos técnico-jurídicos, em **imunidades**.

PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Art 130 n° 4 -- exclui-se a prosequção penal por crimes estranhos ao exercício das suas funções enquanto durar o seu mandato;

↳ Deste modo, conclui-se que, durante este período, se suspende toda a efetivação da responsabilidade penal do titular do cargo



A que questão que se coloca é então como determinar o que constitui um **crime praticado no exercício das suas funções** (visto que é este o critério diferenciador)

- ✓ Crimes de Responsabilidade política → lei n° 34/87 de 16 de julho
 - ✓ Outros crimes de desvio ou abuso de poder → quando realizados pelo PR são crimes contra o Estado – arts 308 e ss
 - ✓ Crimes contra a Humanidade
- A Doutrina (nomeadamente Fernanda Palma) considera também que esta categoria de crimes abarca aqueles praticados pelo PR que tenham o **exercício das suas funções como causa ou finalidade** ⁴³

Art 130 n° 1 – No que toca a estes crimes, já não existe qualquer tipo de imunidade e será o STJ a julgar o PR

Art 130 n° 3 -- a condenação implica a destituição do cargo e o impedimento de reeleição

Membros do Governo, Primeiro Ministro e Deputados à Assembleia da República

↓
Art 196 CRP

↓
Art 157 CRP

⁴³ O exemplo seria se o PR praticasse um homicídio para ocultar um facto que poria em causa a sua posição como presidente

O regime é muito semelhante, sendo que quase todas as fases do processo têm de ser **admitidas/autorizadas pela AR** (prisão, audição como arguidos ou declarantes, suspensão do exercício de funções, etc).

Esta característica peculiar visa essencialmente garantir que o **poder judicial não se sobrepõe ao poder legislativo** (não exerce supremacia) → daí esta espécie de **controlo parlamentar sobre as imunidades**.

DEPUTADOS DO PARLAMENTO EUROPEU

Quer o artigo 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (**CEDH**), quer a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (**TEDH**), reconhecem **imunidades parlamentares para assegurar uma proteção da representatividade democrática**.

Por isso mesmo, só haverá levantamento das imunidades nos casos que não tenham nada a ver com a proteção da liberdade de expressão e de opinião relacionadas funcionalmente com a atividade do membro do parlamento. Tem de haver uma relação funcional com a atividade de membro desse parlamento para lançar mão da imunidade.

IMUNIDADES DIPLOMÁTICAS

- A lógica aqui é assegurar a soberania do Estado acreditante

- Incluem-se aqui os crimes praticados na embaixada propriamente dita, mas também fora dela pelas pessoas que passaremos a citar



Convenção de Viena de 18 de abril de 1961 [ratificada pelo Estado Tuga a 27 de março de 1968]

Art 37º → imunidade do agente diplomático + membros da família que com ele residam + pessoal técnico e administrativo da missão diplomática

Abrange tanto a detenção como a prisão



NÃO SÃO ABSOLUTAS

o Estado acreditante pode **renunciar à imunidade** – aí exercendo a sua **jurisdição**

[se não se proceder a essa renúncia pode-se aí ainda expulsar os referidos agentes declarando-os **persona non grata**]

VIII. INTRODUÇÃO À TEORIA DO CRIME

Crime é uma **ação típica, ilícita, culposa e punível** [ordem sequencial é propositada, ver um a um]

Outra forma de chegar ao **conceito formal de crime**, sem ser através do conceito prévio material, traduz-se na enumeração dos **elementos constitutivos do crime** (elementos gerais comuns a qualquer tipo de crime)

É disto que trata a Teoria do Crime, que é, no fundo, uma **Teoria da definição**: sendo uma **construção dogmática feita a partir da Lei, ajuda e facilita, subseqüentemente, a sua aplicação prática**.



Fornece ao juiz ou ao intérprete os **passos necessários** para estabelecer a ponte entre a norma penal e o **caso concreto** em mãos

Isto vai ser o grande tema da cadeira do próximo semestre. Então porquê estudar de forma superficial agora? A propósito do tópico do **concurso de normas vs concurso de crimes**

Sempre que estivermos perante um caso concreto, teremos de averiguar se naquele caso se verificam todos os elementos constitutivos do crime e só aí é que se pode aplicar a lei penal (é lhe aplicável mais do que um tipo legal de crime? Há um concurso? Primeiro há que verificar a correspondência com o conceito de crime)

Passando à dissecação dos vários elementos...

AÇÃO

Nota inicial: Crime, como bem sabemos, pode não ser por ação strictu sensu, mas antes a ausência da mesma (crime por omissão)

Nem todos os comportamentos humanos interessam ao Direito Penal (até porque princípio da intervenção mínima).

Para além da questão do conceito material funcional de crime (bem jurídico fundamental e com dignidade penal) exige-se ainda que o facto em análise corresponda a uma **ação jurídico-penalmente relevante**.



O que é que isto significa?

Significa que apenas serão tidas em conta as **ações controladas/controláveis pela vontade do sujeito**

E.g. A, durante um ataque de sonambulismo, dá um murro a B → A não dominou a sua ofensa à integridade física de B, nem poderia dominar (não é dominável)

Logo, falha este primeiro elemento impriscindível para se falar de crime.

↳ Este requisito remete-nos para o conceito de **culpa em sentido amplo** : só se pode punir alguém quando este atua no **âmbito da sua autonomia/liberdade** (isto é, quando há, de facto, a possibilidade de adotar uma ação alternativa há que praticou); é desta ideia que deriva a exigência do domínio da vontade.

TIPICIDADE

Averiguar se a ação é típica é sempre uma tarefa de **subsunção** [pelo menos a prof assim o entende]

Consiste numa **operação lógica** pela qual se confirma se o facto concreto praticado se enquadra na **previsão da norma incriminadora**



Como é que isso se faz? É necessário verificar se a ação jurídico-penalmente relevante **reúne todos os elementos objetivos e subjetivos** exigidos pelo tipo legal de crime.

(A) ELEMENTOS OBJETIVOS

1- **Agente** [quem pratica a ação]

Pode ser o autor direto (p.e. art 131) ou material, dependendo da previsão normativa específica. No próximo semestre iremos aprofundar as formas de participação no crime (art 26 e ss)

2- **Ação** típica

Comportamento descrito no tipo

3- **Objeto** da Ação

A quem se dirige ou sobre quem incide essa ação (em linguagem simplificada, é a vítima). Também definido como o elemento do mundo exterior no qual ou em relação ao qual, se realiza a ação.

4- O **bem jurídico**

Que é, evidentemente, afetado pela conduta adotada pelo agente

5- **Resultado**

Evento separável espaço-temporalmente da ação do agente.

6- **Imputação objetiva do resultado à conduta do agente**

Este é um dos temas mais complexos e, por isso, mais discutidos e estudados pela doutrina. Neste âmbito, tem-se duas teorias (que, na prática, se complementam).

*

*Como se sabe, nem sempre estes elementos se têm de verificar (e.g. crimes formais ou de mera atividade); Porém, sempre que está em causa um **crime de resultado**, vem por acréscimo a **necessidade de imputar objetivamente o resultado ao agente**, para que a ação seja típica.

→ Teoria das condições equivalentes (Conditio sine quo non) // Casualidade adequada

Para o resultado ser imputável ao agente (**ideia de atribuição direta/responsabilidade** ⁴⁴), é preciso provar que há um **nexo de causalidade** entre a sua conduta e o resultado típico.

Esta relação de causalidade que demonstra-se através do seguinte raciocínio: **eliminando mentalmente a ação praticada, o resultado subsiste?**

Isto não é suficiente → não basta este teste para garantir que, **à luz das valorações do DP, é justo atribuir-se aquele resultado à conduta do agente**

É preciso ir mais além e é nesse sentido que surge a próxima teoria

→ Teoria do Risco // Teoria moderna da imputação objetiva

Nexo de causalidade + verificar se existe uma **conexão concreta entre o risco criado e o resultado obtido**



Isto faz-se em duas fases:

- ✓ Demonstrar que o agente **criou, aumentou ou não diminuiu** (omissões) o risco proibido
- ✓ Foi então esse risco potenciado pelo agente que se **concretizou no resultado típico**

Só assim será possível afirmar com segurança que o processo causal não foi cortado e há lugar para a imputação objetiva.

Nota: para perceber a diferença, lembrar sempre o exemplo da ambulância, pag 69 da sebenta.

→ Teoria da adequação

Existia antes da do risco, caiu desuso mas Fig. Dias ainda a aplica, daí estar a ser mencionada.

Há imputação objetiva do resultado à conduta do agente sempre que ao colocar um **homem médio na posição do agente**, esse homem médio conseguiria prever o resultado e aquele processo causal.

(B) ELEMENTOS SUBJETIVOS

Ao contrário do direito civil, não basta a violação do dever objetivo, é necessária a existência de uma **ligação subjetiva entre o sujeito e o facto** → exigida por força do princípio da culpa.

⁴⁴ Que muitas vezes se confunde com a noção de culpa (em DP, nada a ver)

1- **Dolo** ou **negligência** legalmente prevista [art 13 firmamente expressa a sua fulcralidade]

Intenção inequívoca de realizar a ação típica (querer realizar)

- Art 13 -- para se punir um crime a título de negligência esta tem de estar expressamente prevista na norma em concreto (e.g. 137, homicídio negligente)
- Abaixo da negligência, não há responsabilidade penal → Por outras palavras, negligência é a **ligação subjetiva mínima** entre o sujeito e o facto
- Subdivide -se em :

- Negligência Consciente

O agente **prevê** a possibilidade de realização do facto típico, mas **não se conforma** [difícil de distinguir do dolo eventual, em que se conforma com o dano]

e.g. alguém está a conduzir e a fazer uma manobra perigosa, prevê que possa atingir o carro do lado, contudo confia muito nas suas capacidades e afasta essa possibilidade vs vou bater? Paciência, não quero saber

- Negligência Inconsciente

O agente **nem sequer representa o facto que praticou**, mas tinha possibilidade de o fazer, devia tê-lo feito naquelas circunstâncias -- naquela situação, não tinha como ignorar o perigo ou risco em que incorria

e.g. A vai a conduzir a alta velocidade, vê um sinal de aviso de escola, não dá importância e atropela uma criança

2- **Elementos subjetivos especiais**

O exemplo perfeito é o crime de furto (artigo 203 °)



Para além do dolo (agente representa a coisa alheia e quer, efetivamente, subtraí-la), a norma prevê que, para a ação ser típica, é fundamental que se verifique uma **intenção suplementar de se apropriar da coisa alheia**



Vai mais longe do que os elementos comuns associados a todos os tipos de crime

ILICITUDE

1. O preenchimento do tipo legal de crime sugere já que a ação típica é ilícita



Isto é, contrária à lei, uma vez que preenche todos os requisitos da previsão normativa

Em rigor, a ilicitude traduz-se, portanto, num **juízo de desvalor que recai sobre o comportamento** adotado, desembocando quer na censura da ação em si, quer no resultado da mesma (caso seja aplicável)



Deste modo, diz-se que um comportamento é ilícito quando podemos, efetivamente, fazer este juízo de desvalor

2. A ilicitude em direito penal analisa-se pela **técnica negativa da exclusão**

Quer isto dizer que importa averiguar se ocorreu alguma **causa de exclusão de ilicitude**

Estas estão previstas no **artigo 31 e ss** [esta lista é meramente exemplificativa, sendo possíveis causas de exclusão da ilicitude supralegais, como é o caso da legítima defesa preventiva que já analisamos anteriormente]

- Legítima defesa - consentimento do ofendido - Direito de necessidade - conflito de deveres

CULPA

Culpa como critério e fundamento do crime e da pena

Em sentido estrito, consiste no **juízo de censura relativo ao agente**, pelo facto de, tendo a possibilidade (liberdade e capacidade) de se motivar pelo Direito, ter optado pelo contrário. [adaptando a conduta típica e ilícita]

Deve-se recorrer novamente à **técnica negativa da exclusão** (inimputável?)

PUNIBILIDADE

Regra geral → Sempre que um facto é típico, ilícito e culposo, será também punível.

Exceção → Pode acontecer que esse facto deixe de ser punível por deixar de ter dignidade penal



Relacionado com a não verificação de

Condições objetivas de punibilidade (advém das necessidades de prevenção geral e especial)

- **Artigo 23 n° 1** [só vale a pena punir a tentativa se ao crime consumado for aplicável uma pena superior a 3 anos]

- Causas de exclusão pessoal de insenção da pena → **Desistência voluntária** (de prosseguir com a consumação do crime)

IX. CONCURSO DE NORMAS VS CONCURSO DE CRIMES

Este é um dos temas mais controversos e dos mais difíceis de compreender (dado que ainda não demos teoria do crime a fundo). No entanto, é uma temática incluída em TLP exatamente por ser também concernente à aplicação e interpretação da Lei Penal.

Figueiredo Dias → o problema do **concurso** existe sempre que o **comportamento global** imputado a um determinado agente **preenche, à partida, mais do que um tipo legal de crime**



Neste sentido, torna-se indispensável se se trata de um ...

Concurso efetivo / verdadeiro

Concurso aparente

Concurso de crimes

Concurso de normas (são sinónimos?)



O(s) facto(s) praticado(s) pelo agente correspondem, realmente, a vários tipos de crimes, e este será punido pelos mesmos

O concurso limita-se às leis e não quanto aos tipos de crime em si



Julgado pela **pluralidade de crimes** (art 30 n° 1)

Significa isto que o agente só será **punido por 1 crime**

Aplicação paralela das várias disposições violadas

A aplicação da norma respetiva a esse mesmo tipo violado **exclui a aplicação das demais**

Para além das consequências na determinação da pena, qual a relevância desta distinção?

Decorre também da necessidade de salvaguardar o **princípio constitucional ne bis in idem** (artigo 29° n° 5) → ninguém pode ser punido mais do que umz vez pelo mesmo facto, o que aconteceria se tomássemos um concurso aparente por um concurso efetivo



Como distinguir?

CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE CONCURSO VERDADEIRO E CONCURSO APARENTE

(A) UNIDADE OU PLURALIDADE DOS SENTIDOS DE ILICITUDE (do comportamento global do agente)

Tem-se um concurso de normas (aparente) quando:

- A aplicação de uma das leis é suficiente para incorporar o sentido do ilícito praticado pelo agente

- A substância criminosa do comportamento é abarcada pela aplicação de apenas um dos tipos legais
- No fundo, há um tipo de crime dominante cuja aplicação esgota o conteúdo ilícito do facto praticada
- A punição do agente pelo outra norma em concurso não acrescentaria nada, na medida em que se verifica uma unidade de sentido de ilicitude do comportamento

Tem-se um concurso de crimes efetivo quando:

- Há, então, uma pluralidade de sentidos de ilicitude que não são abrangidos por uma única norma em exclusivo
- Nenhuma das normas que estariam em concurso atende exclusivamente ao facto na sua completude



Na prática, há também desacordos no que toca a determinar se uma das normas **esgotou o ilícito criminal praticado ou não**? (mesmo adotando o mesmo critério da unidade/pluralidade)

Exemplo: A subtrai um quadro ao B e passado uma semana, resolve queimar o quadro.

Crime de furto vs crime de dano → efetivo ou aparente?

➤ Figueiredo Dias

Considera que se trata de um **concurso aparente** pois:

- ❖ O bem jurídico posto em causa é o **mesmo** (propriedade)
- ❖ Este comportamento é dominado por um único **sentido autónomo de ilicitude** (crime de dano **não tem autonomia** face ao crime de furto)
- ❖ O crime de dano é um **facto posterior não punível** (não acrescenta nada ao desvalor do ilícito)

➤ Teresa Beleza

Pelo contrário, considera que se trata de um **concurso verdadeiro**, na medida em que:

- O crime de dano não é absorvido pelo de furto, tendo-se aqui uma pluralidade de sentidos de ilicitude [acrescenta algo de novo ao sentido de ilicitude]
- Isto decorre do facto de no crime de dano o bem jurídico propriedade ser violado/**afetado de uma forma mais radical** [aqui perde se totalmente o direito de

propriedade → Se houver só furto, o bem pode eventualmente ser restituído, enquanto que com o dano, a destruição torna impossível a restituição da coisa.

Não obstante, há **situações que não geram qualquer dúvida**, tanto a nível da doutrina como de jurisprudência, de que a **norma não esgota o ilícito criminal praticado**:

→ Tipos de crime que protegem bens de carácter eminentemente pessoal



Pluralidade de vítimas



Concurso efetivo → pluralidade de sentidos de ilícito

Agente deverá ser punido por x crimes de homicídio, p.e., de acordo com o número de vítimas

Este raciocínio deverá aplicar-se quer

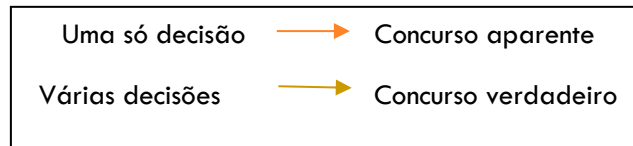
- Crimes dolosos ou negligentes
- Crimes por ação ou omissão



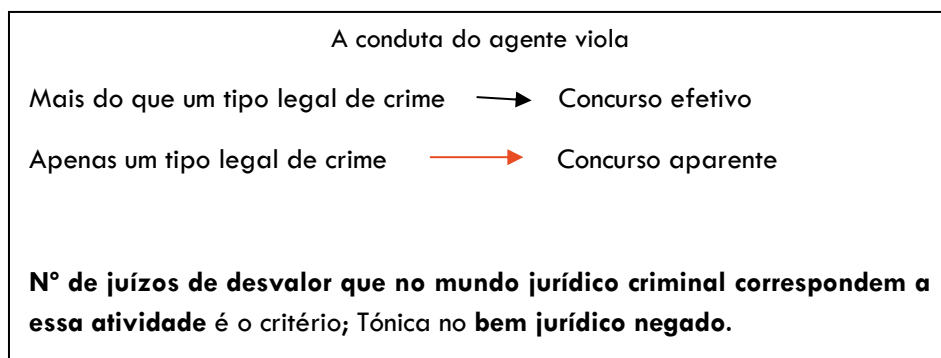
(B) CRITÉRIO DA PLURALIDADE OU UNIDADE DAS RESOLUÇÕES E DECISÕES

Este critério proposto pelo Professor Eduardo Correia é aquele que a jurisprudência portuguesa tem maioritariamente adotado.

(Sebenta)



Caderno



Críticas

Visão demasiado **reduzora ou simplista**, pelo que este critério **não pode ser aplicado por si só** (esquece muitas variáveis)

e.g. por vezes, apesar de haver uma só decisão, essa decisão pode ofender vários bens jurídicos pessoais.

(C) CRITÉRIO DA UNIDADE OU PLURALIDADE DE AÇÕES

Este modelo vigora no seio da **doutrina alemã**, tendo sido inicialmente defendido/proposto por **Roxin**.

Unidade de ação → concurso aparente

Pluralidade de ações → concurso efetivo

O que é considerado uma unidade de ação?

1- Ação em **sentido natural** (naturalística)

Há um único ato e esse ato esgota-se na realização de um tipo de crime ⁴⁵

2- **Unidade de ação típica**

Aqui tem-se várias ações em sentido natural, mas que são agrupadas num único tipo por parte do legislador.

Por outras palavras, a **unidade de ação é determinada pelo tipo legal de crime**, este próprio exige para o seu preenchimento a realização de um pluralidade de atos naturalísticos.

E.g. roubo (furto + violência) ; crime de tráfico de estupefacientes (aquisição ou venda, tudo englobado na mesma valoração/qualificação jurídica)

3- **Unidade natural de ação**

Existem, de facto, atos distintos e particulares, mas, em virtude de (pressupostos) :

- Vontade unitária dirigida à prossecução de um resultado
- Similitude dos atos uniformes praticados
- Conexão espaço temporal estreita

Devem ser reunidos numa unidade de ação (visto de fora são encarados como formadores de uma só ação)

E.g. sequestro → o mesmo tipo de ação é praticado ao longo do tempo

TIPOS DE CONCURSO EFETIVO

Estará, então, em causa uma **pluralidade de crimes**

A) REAL

VS

IDEAL



⁴⁵ É imediato, ação natural = ação típica

Á pluralidade de crimes pelos quais o agente vai ser punido corresponde uma **pluralidade de ações**

↓

A furta B, dá um soco no C, passado 3 dias é apanhado a furtar um supermercado e ainda mata o vizinho

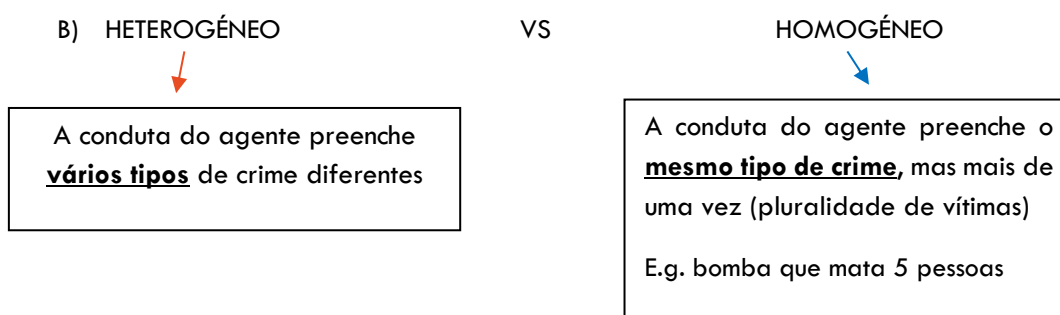
Á pluralidade de crimes corresponde uma **única ação** (ou unidade de ação)

↓

E.g. A dispara sobre B e por engano acerta no C (tentativa de homicídio + homicídio negligente)

Isto é um caso de **aberratio ictus** → **execução defeituosa** [por uma circunstância que é alheia ao agente e que este não domina há um desvio ou erro na execução]

Nota: Figueiredo Dias desvaloriza, em termos práticos, estas distinções, pois o que interessa verdadeiramente para efeitos jurídico-criminais é saber se o agente será julgado em concurso efetivo de crimes



RELAÇÕES ENTRE AS NORMAS NO CONCURSO APARENTE

Quando, à partida, mais do que uma norma incriminadora parece ser aplicável, há um **certo tipo de conexão** entre estas que leva a que **apenas uma seja aplicada em detrimento da outra**.

A maioria da doutrina distingue 4 tipos de relação, neste âmbito (entre nós, destaque para a professora Teresa Beleza)

i. Relação de especialidade

Uma norma típica é especial em relação à norma geral quando, sendo ambas aplicáveis a determinado facto, esta contém na sua previsão todos os elementos essenciais do tipo fundamental



Adicionalmente, um ou mais elementos especiais atinentes ao agente ou ao facto

[dito de forma mais precisa, relativos à ilicitude ou à culpa, respetivamente]



A que é que esta relação de especialidade leva?

Em direito civil dir-se-ia que a lei especial derroga a geral → Aqui falamos em **concurso aparente de normas**



Só a **norma típica especial** será aplicada pois é a que **avalia corretamente a situação** (ou de forma mais completa)

A sua aplicação exclui a aplicabilidade da norma geral

Notas

➤ Haverá sempre uma relação especial entre o tipo fundamental (lei geral) e ---- art 131

✓ O tipo agravado [aumenta a responsabilidade criminal e, desta forma, a pena]

- Art 132 (homicídio qualificado)

✓ O tipo privilegiado consumado [diminuem a culpa e a pena]

- Art 134 (homicídio a pedido da vítima) [diminui a culpa do agente]

- Art 133 (pessoa sob emoção violenta que não consegue avaliar corretamente o ato que está a praticar, não se guiando pelo Direito)

➤ É também esta a relação que se estabelece entre tipos legais comuns a **diferentes domínios do direito penal**

E.g. tipo de crime previsto no direito penal fiscal e temos o tipo legal homólogo no direito penal geral. A norma no direito penal fiscal acrescenta algo especial, embora incluindo também os elementos de direito penal geral

Figueiredo Dias

É importante denotar alguns aspetos específicos da opinião deste Professor, que divergem relativamente ao apresentado a cima (defendido pela maioria da doutrina).



FD não considera que a existência de um relação de especialidade entre normas reconduza a um **concurso aparente (nega a sua existência)**



Na medida em que

Enquanto que o concurso aparente pressupõe que haja mais do que uma norma aplicável, na relação de especialidade há **unidade de Lei** ⁴⁶ (não chega sequer a haver concurso)



A norma geral não entra sequer na equação, não se tem que passar pela mesma, por considerações lógico-jurídicas, **aplica-se automaticamente a norma especial**



Mais ainda, para Fig. Dias, a expressão concurso aparente deve ser utilizada de acordo com a aplicação do **critério da unidade/pluralidade de sentidos de ilícito**, é aí que deve ser posta a **tónica** e não na relação entre as normas

Embora haja esta clivagem, na prática, todos os autores chegam à **mesma conclusão** : **a norma especial prevalece e preclui a aplicação da norma geral**

- ▶ o que é relevante é que uma das normas consegue, por si só, avaliar o tipo de crime do agente (Seja por considerações materiais, seja por considerações lógico-jurídicas)

ii. Relação de subsidiariedade

Em geral, diz-se que a relação de subsidiariedade ocorre quando o legislador pretende que uma **determinada norma só seja aplicada quando a prioritária não tenha essa possibilidade**, dadas as circunstâncias do caso concreto



Em DP, diz-se que

Existe quando uma norma incriminadora só puder ser aplicada no caso de o **agente não ser suscetível de ser responsabilizado por uma norma mais grave** ⁴⁷ (que pune de forma mais pesada)

A subsidiariedade pode ser:

- **Expressa** → A própria lei estabelece a relação de subsidiariedade entre as normas, **condicionando a aplicação de dado preceito à não aplicação de um outro** [que estatui uma pena mais grave ou ilícito criminal mais grave]
e.g. Art 152º nº 1 *in fine*
- **Implícita** → **Não resulta automaticamente da lei**, antes por um processo de interpretação por via do qual se chega materialmente há conclusão de que esta relação existe.

⁴⁶ essa unidade ou pluralidade faz-se antes de decidirmos se é concurso aparente ou não

⁴⁷ Atenção que aqui não se trata de aplicar a pena menos favorável ao agente, mas sim de aplicar corretamente o direito

A um nível menos abstrato, estará em causa casos em que, apesar do silêncio da lei, o legislador entendeu criar para **alargamento ou reforço da tutela dos bens jurídicos**, **tipos legais abrangentes de factos** que se representam:

- como **estados evolutivos antecipados ou intermédios** de um crime consumado

↓

Isto sucede na relação entre todos os **crimes de perigo** e os crimes de dano → o legislador ao criar o crime de perigo quis antecipar a tutela do bem jurídico; contudo, só puno pelo crime de perigo se não puder aplicar o crime de dano

- como **formas menos intensivas de agressão** ao mesmo bem jurídico

↓

coautoria vs instigação : A pediu a B para matar C e pagou-lhe uma quantia. Mas, para além disso, A também foi com o B executar o homicídio de C (segurou C enquanto B lhe dava um tiro). Vamos punir como instigador e como coautor?

Relação de subsidiariedade implícita → pune-se o agente como **coautor por esta ser considerada a forma mais perfeita de realização de um crime**

⋮

a incriminação como instigador só intervém como forma auxiliar (só seria punível como instigador se não conseguisse provar a coautoria)

→ NOTA: Também nestas situações **Figueiredo Dias considera não existir sequer um concurso aparente de normas**, dada a unidade de Lei

iii. Relação /Figura de facto posterior não punível

Quando a infração subsequente apenas se apropria ou aproveita das utilidades de uma infração penal passada, sem que haja um novo dano que se dirija a um novo bem jurídico.

Para Fig dias, aqui já se pode falar em concurso aparente de normas → embora englobe este tipo de relação na consunção em sentido amplo

Caso do quadro furtado + destruído – daí par FD ser unidade dos sentidos de ilicitude

Discutido na doutrina --- após o crime de homicídio, alguém resolve ocultar o corpo

Para uma parte da doutrina, a ocultação de cadáver não tem autonomia face ao homicídio. Para outra parte, já tem essa autonomia, sendo que uma coisa é alguém matar outrem, outra coisa, mais grave, é nem sequer se saber onde está o corpo da vítima

iv. Relação de Consunção

(A) Consunção em sentido ESTRITO

Crime Fim

vs

Crime Meio



Por norma (mas não sempre ⁴⁸) a **realização deste inclui a realização do outro**

Dito de outra forma, a norma que prevê o crime fim não contém todos os elementos da outra norma, mas, de forma frequente ou característica, a maneira de praticar o crime previsto nessa norma abarca os elementos desse outro tipo legal de crime.

Consumo de tal forma o conteúdo do ilícito do outro dactó, que a condenação pelo crime fim (geralmente o ilícito típico mais grave) **exprime todo o desvalor jurídico-social do comportamento do agente.**

Sendo dominado, então, por um único sentido de ilicitude, seria injusto o agente ser condenado em concurso de crimes efetivo.

Exemplo : o furto por escalonamento (art. 204.º, n.º 2, e)) pressupõe, por norma, a violação de domicílio (art 190) , mas pode haver furto por escalonamento por violação de domicílio [embora raro]

Apenas a norma-fim (art 204º) será aplicada → concurso aparente

(B) Consunção em sentido AMPLO

Abarca todas as relações de mais e de menos que se estabelecem entre os valores protegidos por normas concorrentes

=

São os casos em que tipos de ilícitos singulares se intercetam ou coincidem parcialmente no seu âmbito de proteção (embora se dirijam a diferentes bens jurídicos, em pormenor) dadas as circunstâncias do facto concreto



Trata-se de um concurso aparente na medida em que o agente deve ser punido apenas por um dos tipos de ilícito

⁴⁸ Caso fosse assim tratar-se-ia de concurso por relação de especialidade

- Para **Figueiredo Dias**, é nisto que consiste a ideia de **concurso aparente** (quando bem empregue) : sempre que há uma **pluralidade de normas típicas aplicáveis, mas não uma pluralidade de crimes efetivamente cometidos**

CRITÉRIOS:

Como saber se há consunção em sentido amplo ou não ?



os sentidos singulares de ilicitude típica presentes no comportamento global conexionam-se de tal forma que em definitivo se deve concluir que aquele comportamento é dominado por um único sentido de desvalor jurídico-social

1. Unidade do sentido do acontecimento do ilícito global final

O comportamento do agente assume esse **sentido unitário global** [também pode ser associado ao desígnio criminoso -- só há uma vontade unitária dirigida à prossecução de um resultado no mundo exterior]

2. Critério do crime instrumental

Um dos ilícitos surge apenas como meio para realizar o crime principal – **crime fim**.

3. Conexão espaço-temporal das várias realizações típicas

Essa tal **proximidade** entre as condutas que propicia a leitura unitária do sentido do ilícito.

4. Diferentes estádios de evolução ou de intensidade da realização global

há mais do que a prática de um crime, mas a aplicação de apenas um dos tipos esgota a apreciação do ilícito criminal realizado pelo agente → é o **facto posterior não punível**

(C) Consunção PURA

A realização do tipo de crime punido mais gravemente inclui a realização de um outro tipo de crime punido mais levemente



Consequentemente

a norma que prevê o crime menos grave é excluída.

(D) Consunção IMPURA

Pode também suceder o caso de o crime-meio ser o crime mais grave, daí ser este a acompanhar o crime mais leve (que se traduz no crime-fim)

Assim sendo

Uma maioria doutrinária

Já Figueiredo Dias

Defende que aplicar-se-á, nestes casos, **a norma-meio**, uma vez que, sendo esta a que **prevê a sanção mais grave**, é que, logicamente, mais corretamente responde à situação, **abarcando a totalidade do sentido de ilicitude**

O resultado será o mesmo, mas a explicitação teórica é diferente.

Afirma que o método deve corresponder, na realidade, à **aplicação da previsão da norma-fim + estatuição da norma-meio**

[a norma que avalia mais corretamente a situação em termos descritivos é a norma-fim (roubo), porém a consequência jurídica a aplicar será a da norma-meio dado o anteriormente exposto]



não viola o princípio da legalidade, já que se está a aplicar a um facto previsto na lei e praticado pelo agente, uma pena atribuída a uma previsão também por ele preenchida

E.g. Imaginemos que há um **assalto violento**, ou seja, um crime de roubo, **artigo 210º**. Mas essa violência foi de tal maneira significativa que constitui um crime de **ofensa à integridade física grave**, **artigo 144º**. Ora, apesar de a ofensa ser o meio para o roubo, essa norma-meio prevê uma pena superior, pelo que será a norma aplicável.

RESUMO FIGUEIREDO DIAS

- Relação de especialidade
- Relação de subsidiariedade
- Facto posterior não punível → inclui na **consunção em sentido amplo**
- Consunção → se em sentido amplo, **concurso aparente/de normas**

Não corporizam concursos aparentes = unidade de Lei

Por considerações lógicas, não chega a haver concurso sequer

Adota então **4 critérios que definem esta relação de consunção** e nos permitem determinar se há pluralidade de crimes ou se a aplicação de uma norma excluirá a(s) outra(s)

COMO DEVEM OS AGENTES SER PUNIDOS, EM CADA CASO?

Em conclusão, vamos à determinação da pena e respetiva medida concreta.

Ora, tal como já foi referido, a grande relevância prática desta matéria tem que ver com a punição: dadas as suas diferenças, o concurso efetivo não pode acarretar a mesma forma de cálculo da pena que o concurso aparente. Não podem ser punidos da mesma maneira.

1- Concurso aparente

O agente vai ser punido pela norma que prevalece, ficando de fora a segunda norma (excluída)

Importa introduzir aqui algumas **ressalvas**:

- Isto não impede que , na determinação da medida concreta, se tenha em conta alguns **fatores singulares que a podem agravar**

E.g. o facto de a coisa ter sido destruída além de furtada [retomando aqui o exemplo do quadro inicialmente abordado]

- A pena concreta não pode ser inferior ao **limite mínimo** da moldura penal correspondente ao **ilícito dominado**

Especialmente relevante para os casos de consunções impuras. [tem que se ter sempre em conta a moldura legal do ilícito excluído, dentro da moldura aplicável consoante a norma prevalecente]

- Em todo o caso, juiz terá sempre de aplicar as **penas acessórias** e medidas de segurança acessórias previstas por qualquer das normas aplicáveis ao crime dominado

exemplo: se considerar que há um concurso aparente no crime de violência doméstica e ofensa à integridade física grave, vou ter de aplicar as penas acessórias associadas à violência doméstica, apesar de aplicar o crime à integridade física grave. (art 152)

2- Concurso efetivo ou verdadeiro

Ora, com base no disposto nos **artigos 77º e 78º do CP** exige-se uma **ponderação entre os vários crimes** e a **fixação de uma pena para cada um dos tipo preenchidos** (de acordo com os fins das penas)

Todavia, trata-se de um **sistema de pena conjunta ou unitária** → a medida final calculada (tudo junto) será encarada como uma pena única

Limite MÁXIMO :

- Não pode exceder a soma das penas concretamente aplicadas aos vários tipos de crime [cúmulo jurídico mitigado]
- Limite legal de 25 anos

Limite MÍNIMO ⁴⁹

- ❖ A pena mais elevada que corresponda especificamente a um dos crimes cometidos

3- Crime continuado

Pois bem, esta figura tipificada no **artigo 30º nº 2** será um caso especial no que se refere ao cálculo da medida concreta da pena.

Embora se possa considerar, à partida, um caso de concurso de crimes, por estar em causa uma pluralidade de atos, a verdade é que se assume como um **terceiro género**, visto que o legislador determina **um método próprio no artigo 79º**

Pressupostos da figura

Conexão objetiva

- Tem de se verificar que a realização dos atos individuais que se traduzem na prática do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico ⁵⁰ [várias vezes o mesmo tipo de crime ou tipos diferentes mas análogos]
- Praticado pelo mesmo agente / realizado pelo mesmo autor
- Os bens em causa não podem ser eminentemente pessoais ⁵¹
Nem toda a doutrina concorda com esta restrição por parte do legislador.
- Realização continuada implica que os atos sejam executados de **forma homogénea**

Conexão subjetiva

- Comportamento dominado por uma situação exterior que facilita a repetição criminosa, ou seja, quadro ou cenário que **diminui sensivelmente a culpa do agente** (juízo de censura é menor face à solicitação exterior)
Esta condição é muito importante → só faz sentido o agente ser privilegiado na punição se, de facto, a sua culpa é manifestamente diminuta (situação pouco censurável)

Conexão objetiva + Conexão subjetiva = o que permite tratar o crime continuado como um facto único

⁴⁹ Estes limites (tanto mínimo como máximo) estão no artigo 70º nº 2

⁵⁰ Ou seja, violação pluríma do mesmo bem jurídico ou de bem jurídico que tenha uma estreita afinidade com aquele ou aqueles anteriormente violados

⁵¹ Prof. Figueiredo Dias: bens eminentemente pessoais na Parte I do CP

O que acontece

Para se **subtrair o agente à punição que resultaria do concurso verdadeiro**, o juiz vai comparar as medidas aplicáveis a cada uma das condutas criminosas e punir segundo a **pena mais alta de entre esse conjunto**

→ A própria Lei submete esta figura a uma unidade de crime

Porquê

O legislador é muito rigoroso ao estabelecer os requisitos para esta figura, de forma a não “deixar passar tudo”. No entanto, a principal razão de ser de autonomização deste tipo de crimes quanto à punição prende-se com dois aspetos:

- Dificuldade prática da comprovação judicial de cada um dos atos
- Consequências desproporcionais ou situações absurdas (caso agente fosse julgado em concurso verdadeiro de crimes)⁵²

Exemplo prático de tudo isto:

Pornografia infantil -- se se considerar a cena de bem pessoal (autodeterminação sexual no título I) → concurso de crimes

-- either way mesmo tendo em conta a questão da dificuldade prática de comprovar, dificilmente passaria por um crime continuado pois não haveria culpa reduzida

→ Nos casos em que não se pode aplicar o crime continuado, poder-se-ia ficcionar a figura do Trato sucessivo

- Semelhante à do cc na medida em que o agente seria também **punido por apenas um crime**

- o problema coloca-se a nível de uma possível **violação do princípio da legalidade** na sua dimensão da Lei formal

Esta figura foi criada pela **jurisprudência** portuguesa, e mesmo que se argumentasse equiparando o trato sucessivo a uma **analogia bonem partem**, tal é pouco credível face à **divisão de poderes** (puxar demasiado a corda)

FIM !!!! 😊

⁵² Figueiredo Dias frisa muito esta dimensão do problema (situações injustas)